

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO

ROSIVERA BEATRIZ ALVES DO PRADO

**O DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE: DIGNIDADE HUMANA,
AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE RELIGIOSA**

SANTA RITA - PB

2018

ROSIVERA BEATRIZ ALVES DO PRADO

**O DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE: DIGNIDADE HUMANA,
AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE RELIGIOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas, do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial à obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me Demétrius Almeida
Leão

SANTA RITA – PB

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P896d Prado, Rosivera Beatriz Alves do.

O DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE: DIGNIDADE HUMANA,
AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE RELIGIOSA / Rosivera
Beatriz Alves do Prado. - Santa Rita/PB, 2018.
72 f. : il.

Orientação: Demétrius Almeida Leão.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Testemunhas de Jeová. Autonomia da vontade. 2.
Dignidade da pessoa humana. Liberdade religiosa. I.
Leão, Demétrius Almeida. II. Título.

UFPB/CCJ

ROSIVERA BEATRIZ ALVES DO PRADO

**O DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE: DIGNIDADE HUMANA,
AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE RELIGIOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas, do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial à obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Demétrius Almeida
Leao

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 05/11/2018

Orientador: Prof. Me. Demétrius Almeida Leao

Membro da Banca Examinadora: Paulo Moura

Membro da Banca Examinadora: Guthemberg Cardoso Agra

Este trabalho é dedicado, com amor, à minha mãe, grande impulsionadora dos meus estudos, sinônimo de mulher guerreira e fonte de amor inesgotável. A minha gratidão por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jeová Deus pelo seu cuidado amoroso e por permanecer ao meu lado em todos os momentos da minha vida, inegavelmente essa é a maior benção que poderia receber.

Aos meus pais, Rosi e Roberto, pelo amor e por serem a fonte de luz que iluminam os meus dias difíceis, nunca tive dúvidas do quanto Deus é bom, pois Ele me presenteou com pais maravilhosos e que fizeram de mim a mulher que sou hoje.

Aos meus irmãos, Bianca e Junior, que ocupam um lugar especial no meu coração, amo vocês, agradeço por todo apoio e cumplicidade e por me fazerem acreditar e não desistir de lutar pelos meus sonhos.

Aos meus avós, Beatriz, Geneci, Luiz e Manoel, pelo amor, incentivo e apoio desde a minha infância, fundamentais para minha formação.

Aos meus amigos, agradeço pelo afeto, gentileza, sorrisos e abraços, existe um velho provérbio que diz que você não pode escolher sua família, aí tem também aquele que diz que a família onde você nasce é simplesmente o ponto de partida, mas depois de algum tempo aprendemos que bons amigos são a família que nos permitiram escolher, sem dúvidas vocês fazem parte da minha família.

Ao professor Adriano Marteleto Godinho, pelo incentivo e pela ajuda inestimável na coleta de dados e fornecimento de materiais, sem as quais não teria sido possível realizar este trabalho.

Ao professor Demétrius Almeida Leao, por confiar na construção desse trabalho.

A(À) todos(as), meus mais sinceros agradecimentos!

RESUMO

Esse trabalho propôs como tema analisar as bases que dão suporte à rejeição dos tratamentos hemotransfusionais. Inicialmente foi preciso averiguar a mudança de paradigma na ética médica, pois o antigo e rigoroso modelo paternalista atribuía ao médico o poder de decisão sobre o que era melhor para o paciente, entretanto não levado em conta os interesses, anseios e desejos deste. É oportuno explicar que o paternalismo se refere ao dilema bioético, se o respeito à autonomia do paciente cabe restrição à autonomia do médico de exercer sua autoridade profissional. De modo mais simples, paternalismo significa o governo paternal, em que o pai se responsabiliza em prover seus dependentes, com total autoridade, restringindo suas liberdades. O paternalismo se constitui na forma de exercer ação, objetivando beneficiar a pessoa, cuja vontade ou interesses deixam de ser respeitados. Porém, foi constatado que nos últimos anos foi reconhecida a autonomia do paciente, nesse cenário, o paciente deixou de ser um objeto da prática médica e passou a ser um sujeito de direitos fundamentais. Cumpre explorar, os sentidos possíveis da ideia de dignidade da pessoa humana, assim como o conteúdo dos dois principais direitos fundamentais que concorrem no tema: o direito à vida e a liberdade religiosa, prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras Chave: Testemunhas de Jeová. Tratamentos Hemotransfusionais. Dignidade da pessoa humana. Autonomia da vontade. Liberdade religiosa.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE	10
3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	16
3.2. AUTONOMIA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
4. LIBERDADE RELIGIOSA.....	22
4.1. LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS DIREITO À VIDA.....	27
4.2. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: POSTURA QUANTO À MEDICINA E TRATAMENTOS MÉDICOS	30
4.3. COMISSÕES DE LIGAÇÃO COM HOSPITAIS (COLIHs) e GRUPO DE VISITAS A PACIENTES (GVP)	38
4.4. TRANSFUSÃO DE SANGUE E SEUS RISCOS	40
4.5. TRATAMENTOS MÉDICOS ISENTOS DE HEMOCOMPONENTES.....	52
5. ANÁLISE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, ESTATUTO DO IDOSO E LEI DE TRANSPLANTES	57
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	65

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de um tema bem delicado, pois a recusa à transfusão sanguínea pode parecer em um primeiro momento uma problemática de difícil equalização. Importante mencionar que a questão versa sobre um tema controvertido tanto na doutrina e na jurisprudência, portanto não existe um entendimento pacífico.

O princípio de beneficência, relacionado ao de não-maleficência, norteou a prática médica durante dois mil e quinhentos anos, tendo por referência os preceitos éticos hipocráticos, mas é o princípio que, nas últimas décadas mais vem sendo questionado. Com base nesta concepção, iremos verificar a profunda mudança de paradigma na ética médica: pois o paternalismo e a beneficência deram lugar à autonomia do paciente, tais transformações são impulsionadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que assegura a todas as pessoas o direito de realizar autonomamente suas escolhas existenciais. Daí resulta como consequência natural, que cabe ao paciente anuir ou não com determinado exame ou tratamento, pois o médico não pode substituir-se a ele para tomar essa decisão ou impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos.

O interesse pelo tema em apressa se deu em razão que todo paciente tem o direito de recusar um determinado tratamento médico, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque tem completa liberdade de agir, escolhendo o tratamento que melhor lhe satisfaz, ainda que motivado pela sua liberdade de crença religiosa.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana figura no texto da Constituição (art. 1º, III), como cláusula geral, que subordina todos os outros direitos da personalidade. Ela consiste no valor axiológico primeiro e violentá-la significa agredir o ser humano na sua essência.

O princípio da dignidade humana, norma constitucional, transcende à vida meramente biológica, sendo que exige o respeito da pessoa como um todo, incluindo a sua autonomia, psíquico, sentimentos, crenças. Não se pode imaginar como uma pessoa poderia viver sem dignidade, sem o respeito moral que lhe é devido por Direito Natural. Violar o corpo não é tão grave quanto à violência moral que retira o incentivo à própria vida.

As Testemunhas de Jeová declaram a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo ou pelas veias violam as leis e princípios de Deus, pois tal atitude

contraria o que se encontra prevista em inúmeras passagens bíblicas. Essas pessoas alegam que suas motivações são baseadas na relação espiritual que possuem com seu Criador. Esta é a posição firme que as Testemunhas de Jeová assumem. Estão plenamente convictas de que é correto obedecer à lei de Deus que ordena a abstenção do sangue, diante disso defendem que não seguem um capricho pessoal ou algum conceito fanático e sem base. Daí a interdição à transfusão sanguínea não pode ser excepcionada nem mesmos em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as Testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes.

Devemos ter em mente que o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença são tuteladas pela ordem jurídica – nomeadamente pela Constituição da República – na mesma proporção, não cabendo conferir ao direito à vida o status de valor “super-preponderante”, inexistindo bens ou direitos absolutos no ordenamento brasileiro (TJRS, 2010, on-line).

Por seu turno, considere-se que as pessoas não são protegidas apenas em sua vida e integridade física, cabendo tutelar, de igual modo, a sua integridade psíquica. Só há liberdade religiosa – e, por conseguinte, também só haverá paz de espírito do homem que segue os preceitos de sua religião – caso se promova o resguardo da inviolabilidade de suas mais íntimas convicções. (AZEVEDO, 2007) Impor ao paciente o dever de ter de passar o resto de seus dias a conviver com o fardo de ter traído suas crenças é violar gravemente a sua integridade psíquica, ainda que tal se dê a pretexto de preservar outros bens ou valores, em princípio, mais elevados.

Todo o desafio de encontrar respostas para as dúvidas que permeia o objeto do referido estudo, tornaram-se fonte impulsionadora para encontrar soluções para os questionamentos existentes, bem como contribuir de alguma forma para a visibilidade desse cenário que envolve tais pacientes, que fundamentado na sua liberdade religiosa, escolhem tratamentos isentos de transfusões sanguíneas e servir de incentivo a muitas pessoas a estudarem o tema. Pois em uma sociedade multiculturalista, impõe-se o respeito às liberdades individuais, considerando que a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico específico ou de escolher um tratamento alternativo é fundamentado nos princípios de autodeterminação e autonomia pessoal. Um paciente adulto e legalmente capaz, é livre de decidir, por

exemplo, se quer ou não submeter-se a uma cirurgia ou a um tratamento, de igual modo, se aceita ou não uma transfusão de sangue. No entanto, para que esta liberdade seja significativa, os pacientes devem ter o direito de fazer escolhas de acordo com as suas opiniões e os seus valores.

2. DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Os médicos comprometem-se a aplicar seu conhecimento, suas habilidades e sua experiência no combate à doença e a morte. Ocorre que nos primeiros períodos da medicina, o médico era considerado uma espécie de sacerdote e sua responsabilidade se revestiu de um caráter moral e religioso, diferente e até mais exigente que a responsabilidade jurídica a que se sujeitavam os oficiais de outras artes (FERREIRA, 2005).

Foucault (1996, p. 77) aborda que os processos que caracterizaram a medicina e que implicou no seu crescimento como instituição normalizadora, foram, à aparição da autoridade médica não unicamente como autoridade de saber, mas também como autoridade social, no sentido que começou a tomar decisões em diversas esferas, inclusive exteriores ao médico. Assim, no âmbito dos hospitais, os quais os médicos exercem seu poder principal, por deter não apenas o saber, mas consequentemente a técnica para realizar intervenções, o paciente acaba sendo destituído do poder que lhe devia ser inerente.

Até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes obedeciam ao que se convencionou chamar de ética hipocrática¹. Respalhada no princípio da beneficência, ela determinava ao médico que adotasse a postura de “protetor do paciente”, ou seja, justificando-se, denominado como paternalismo médico, legitimava a intervenção do profissional de acordo com seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa.

Considerando o conceito geral de que “o médico é quem sabe”, prevalecia a alegação de que o paciente não deveria participar do processo de tomada de decisões sobre as intervenções a realizar sobre seu próprio corpo, não apenas por ser desprovido de conhecimentos técnicos próprios da medicina, mas também por se encontrar, em alguns casos, debilitado por suas condições de saúde (RAGAZZO, 2006).

¹Referência ao “Juramento de Hipócrates”, declaração solene tradicionalmente feita pelos formandosem medicina, na qual se comprometem a usar a medicina “para o bem do doente (...), nunca para causar dano ou mal a alguém”. V. http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.

Nos Estados Unidos, em 1847, editou-se um código das “obrigações dos pacientes para com seus médicos”, a impor àqueles um verdadeiro dever de obediência a estes. Segundo constava do documento:

“a obediência do paciente às indicações de seu médico deve ser rápida e implícita. O paciente não deve nunca permitir que sua própria opinião vulgar sobre seu estado de saúde possa influir na atenção do médico. Um erro sobre um aspecto particular pode fazer com que tratamentos que em outras circunstâncias seriam adequados se tornem perigosos e inclusive fatais” (ANDORNO, 1847).

A conquista da autonomia dos pacientes, neste domínio, foi paulatina. O fim da Segunda Guerra Mundial caracteriza o começo da superação do paradigma do paternalismo. Importante suscitar que o marco desse movimento foi o Código de Nuremberg, de 1947, designado para regular as pesquisas com seres humanos. Fundado no princípio da autodeterminação da pessoa, o Código estabeleceu o consentimento informado como requisito para validade ética das experiências médicas.

Por seu turno, agora num prisma internacional, a Declaração dos Direitos do Paciente da Associação Médica Mundial, de 1981, passou a determinar que “o paciente tem o direito de autodeterminação para tomar livremente as decisões que lhe concernem. O médico informará ao paciente acerca das consequências de suas decisões”. Posteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, firmada em 1997, dedicou seu art. 5º à consagração do princípio da autonomia do paciente, ao preconizar:

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

Neste passo, verificou-se uma intensa mutação nos paradigmas da ética médica: o paternalismo e a beneficência deram lugar à autonomia do paciente como fundamento na bioética. Todas essas mudanças na prática da medicina resultaram em mais autonomia para o paciente. No passado, as ordens médicas não podiam ser questionadas.

Atualmente em muitos países, os médicos são obrigados a informar o paciente sobre as opções de tratamento e sobre os possíveis resultados, para que o paciente tenha condições de dar consentimento esclarecido sobre o tratamento escolhido.

Assim, a autoridade do médico deixou de ser absoluta. Nesse cenário, o paciente deixa de ser um objeto da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais.

Somente no instante em que se afirmou o indivíduo como ser moral autônomo e a partir da concepção do império dos direitos fundamentais e da personalidade é que se passou a conceber que a relação médico-paciente deveria ser pautada pelo respeito à autonomia do enfermo.

Roberto Adorno (2009, pp. 73-93) sustenta a aproximação da autonomia com a liberdade, baseado nos conceitos interno e externo de liberdade: o primeiro relaciona-se ao livre arbítrio, que supõe a razão humana e o segundo refere-se à ausência de obstáculos para a realização da ação desejada, concluindo, que na bioética, a liberdade se expressa pelo termo autonomia, ou seja, pela possibilidade de tomar a decisão e implementá-la, ainda que de forma a exigir uma abstenção do médico. Estabelece Maria Helena Diniz (2007) como “a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa”.

Destarte, o reconhecimento da relevância da vontade livre e racional expressada pelo paciente contribui para a superação paternalismo nas relações médico-paciente, consistindo na “base do novo enfoque das relações entre os profissionais da saúde e os pacientes nas Cartas dos direitos dos doentes” representando a superação da “infantilização do paciente” (FERNANDÉZ, 2000).

Vale frisar, que na área da biomedicina e pesquisa, igualmente, tratando-se da saúde física e psíquica do indivíduo, é o interesse e a vontade individual que devem prevalecer, em consequência do conceito da não instrumentalização do ser humano, que jamais poderá ser considerado objeto de experiências e será sempre sujeito de seu destino e de suas escolhas, como referido na Declaração de Helsinque, de 1964 e ainda em vigor: “Os interesses e o bem estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência” (tradução livre).

O princípio da autonomia engloba também uma dimensão moral, de promoção da tolerância na sociedade plural, naquilo que implica o respeito aos valores do paciente, portanto tal princípio impõe o respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo seus valores e crenças pessoas (BARBOZA, 2003).

Podemos constatar que, em bioética, o princípio da autonomia significa o respeito à vontade do paciente, considerado capaz de se autogovernar, fazer suas

opções e agir de acordo com elas, em seu próprio interesse. Cabe ao paciente anuir ou não com determinado exame ou tratamento, o médico não pode substituir-se a ele para tomar essa decisão ou impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos.

Em suma, o paradigma paternalista ofereceu lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico. Ao profissional não se reconhece mais autoridade para impelir determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importe recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Constitucional (Verfassungsstaat) para adquirir as qualidades apontadas pelo moderno constitucionalismo deve ser um Estado Democrático e de Direito. São dois os aspectos que o identificam: Estado de Direito e Estado Democrático, de modo que a conexão entre esses dois é feita pelo Estado Constitucional, no qual o poder deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos (CANOTILHO, 2004).

É oportuno nos inteirar acerca da conceituação deste instituto, devemos analisar inicialmente o que seria um Estado Democrático, com suas especificidades e de que se constitui o Estado de Direito. Porém, é significativo, que se ressalte, desde logo, que o conceito de Estado Democrático de Direito transcende a ideia destas duas formas acima.

Sendo assim, é pertinente asseverar que Estado Democrático, baseia-se no princípio da soberania popular, pelo qual o povo é titular do poder constituinte, é o ente que legitima todo o poder político. Configura-se, assim, a exigência que todas e cada uma das pessoas participem de forma ativa na vida política do país. No Brasil, o princípio da soberania popular consagra-se através dos artigos 1º, parágrafo único e 14 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

A consagração do princípio da soberania popular se concentra na afirmativa “todo poder emana do povo”. Sendo que o exercício desta pode ser direto ou indireto. A forma indireta está ligada às eleições, se consagrando a ideia do sufrágio universal, pelo quais todos têm o direito e dever também, preenchidos os requisitos exigidos por lei de votar, sendo este direto, secreto e com valor igual para todos. O exercício direto pode ser feito através de “plebiscito, referendo e iniciativa popular”.

Por outro lado, o Estado de Direito, se resume a ideia de existência de primazia da lei, divisão de poderes e pelo enunciado e garantia dos direitos individuais (autodeterminação da pessoa), não se confundindo com mero Estado Legal, pois neste inexistente compromisso com a realidade política, social, econômica e ideológica, se atendo única e exclusivamente com determinação do texto forma legal.

Assim, esse Estado Constitucional (Democrático de Direito) se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais (HABERLE, 2007).

Em vista disso, o Estado Democrático de Direito é largamente caracterizado pela primazia dos direitos fundamentais, pois nele existe um forte sentido substancial, o que implica afirmar que os Poderes (Legislativo/Judiciário/Executivo) estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos, ou seja, no Estado Constitucional (Democrático de Direito), a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa. O Estado Democrático de Direito possui uma importante perspectiva garantista, estando caracterizado não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a primazia dos direitos fundamentais deve nortear toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito, seja para preservar ou efetivar os referidos direitos. Consoante já mencionado, o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela vinculação jurídica dos poderes públicos à lei e ao Direito. Primazia do direito, em um Estado Constitucional, implica a vinculação do Executivo à lei e à Constituição, o que impede a arbitrariedade em decisões administrativas. Apenas o Legislador, e não a Administração é convocado a decidir quando e em que condições podem ocorrer intervenções gravosas que limitem direitos fundamentais, principalmente o da liberdade individual.

Os direitos fundamentais, enquanto normas fundantes do Estado Democrático de Direito, vinculam as entidades públicas de duas maneiras, conforme ensinam Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 139):

“De forma negativa, impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental, mas também de forma positiva – exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de fato e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental”.

Em paralelo aos direitos fundamentais, temos a dignidade humana, que consiste em elemento fundador do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III).

3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, reconhecida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Encontra-se associada com a própria condição humana, a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais.

Convém ressaltar as palavras do ilustre professor Ingo Wolfgang Sarlet (2000, pp. 13/43), ao entender que a dignidade da pessoa humana opera como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral, tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa forma, como um espelho, cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, tendo em vista que cada sociedade possui valores diferentes, e por se tratar de um conceito em constante construção e desenvolvimento. Porém, isto não quer dizer, assim como tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, que não necessite de uma busca incessante pela fundamentação da dignidade da pessoa humana de forma a se manter o seu conceito em constante construção, para com isso alcançar o que, possivelmente, seria um conceito “concreto”.

A Declaração Universal da ONU talvez seja o documento que, de forma concreta, nos forneça as ideias bases para a formulação do conceito de dignidade da pessoa humana, como se observa em seu artigo 1º, que preconiza:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Ademais, Liane Maria Busnello Thomé (2007 p. 59) talvez, sem a pretensão de elaborar um conceito, mas em total consonância com o que prevê o artigo 1º da Declaração referida, traz, em um singelo trecho, alguns itens que são imprescindíveis para qualquer conceito de dignidade da pessoa humana. Vejamos:

Cada ser humano é merecedor de respeito e consideração, independente da crença, nível social, intelectual, opção sexual e maneira de enfrentar a vida. O simples fato de ser humano basta para que sua dignidade seja garantida.

Neste passo, convém notar que na sua expressão mais primordial, Immanuel Kant (2004, p. 68) define que a dignidade exige que “a pessoa seja tratada como um fim em si mesma”. Desta forma, não sendo algo para o Estado, e sim, o Estado tendo que se organizar de forma a dar benefícios para o indivíduo. Portanto, a vida de qualquer ser humano possui um valor intrínseco e ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade.

Neste sentido deve-se dizer que o valor ou princípio da dignidade humana se expressa pela responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos, como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela.

Para exemplificar, é oportuno suscitar o “caso do arremesso de anão” (NICOLAO, 2010), trata-se de uma brincadeira (ou esporte, para alguns) na quais anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, vencendo aquele que conseguir lançar o anão na maior distância possível. Em uma localidade próxima a Paris, o Sr. Wackenheim (um anão) que pretendia ser arremessado como atração de um bar, teve sua intenção proibida com as principais alegações de que afrontaria a dignidade da pessoa humana e a ordem pública. Como observado, trata-se de uma situação bastante delicada, pois além de estarmos falando do único meio de sobrevivência de uma pessoa, a autonomia privada também foi ignorada pelas autoridades sob o argumento de que afrontava a dignidade da pessoa humana do anão. Este fato ocorreu na cidade de Morsang-sur-Orge, na França, onde a prefeitura munida do poder de polícia, a ela conferida, interditou o espetáculo. Ocorre que o próprio Sr. Wackenheim, junto com o dono do bar, ingressou no Judiciário, reivindicando pelos seus direitos, ou seja, a liberação do espetáculo e o direito de ser arremessado.

A Corte Suprema da França manteve a decisão do prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge de interditar a atração, mesmo sob os argumentos do anão de que seria sua única forma de sustento e de que com base na sua autonomia, tinha o direito de decidir como ganhar sua vida. Porém, o direito de ser arremessado não foi concedido e fora mantida a decisão. O anão, inconformado com a decisão tida como justa pelo judiciário francês, ingressou perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Entretanto, o Comitê também entendeu que o arremesso de anão era atentatório à dignidade da pessoa humana e pugnou pela proibição do ato.

Diante do exposto, como pode o Estado intervir em uma vontade livre e esclarecida do ser humano? O Sr. Wackenheim mostrou-se completamente esclarecido o que representava para ele, o arremesso de anão, até porque ele próprio reivindicou judicialmente para ter o direito de ser arremessado garantido, não logrando êxito.

Além do mais, o Sr. Wackenheim merecia respeito por parte da comunidade e do Estado, pois agia segundo sua autonomia e, conseqüentemente, exercia sua dignidade. O desejo de ser arremessado representava sua vontade mais legítima de se sentir digno, pois se sustentava financeiramente sem auxílio de ninguém. O Sr. Wackenheim não estava sendo usado como objeto para o benefício de terceiros, era para seu próprio benefício que se colocava nesta situação, o que por si só já contrapõe o fato do ser humano não poder ser utilizado como objeto para benefício de terceiros.

Além disso, o arremesso de anão não afronta nenhum dos preceitos legais. Não há como sustentar que o arremesso afrontasse a dignidade da pessoa humana de nenhum outro indivíduo, bem como fora mais incoerente suscitar que afrontava a ordem pública e aos bons costumes, este que sequer pode ser conceituado de forma largamente aceita. Ora, quem melhor que o próprio Sr. Wackenheim para saber se sua dignidade estava sendo lesada de alguma forma? Tanto o Estado como o Judiciário agiram de forma errônea ao não mesurarem, de forma correta, os desejos e anseios do Sr. Wackenheim.

No plano dos direitos individuais, a dignidade da pessoa humana se expressa pela autonomia privada, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.

3.2. AUTONOMIA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Immanuel Kant se revela, mais uma vez, como um dos doutrinadores que mais coopera com o tema ao abordar a relação da autonomia e da liberdade como forma de alcançar-se a moralidade. Assim, Leonardo Agostini (2009, p. 54), em outras palavras, entende que “para afirmar que o ser humano tem dignidade, é preciso mostrar que é autônomo, o que implica, necessariamente, ser livre”

Já que para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, Immanuel Kant considera o conceito de liberdade a chave para explicar a autonomia (autonomia da vontade), entendendo ser este um atributo de todo o ser racional dotado de vontade. Desta forma, afirma Kant (1986, p. 93):

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade de influência de causas estranhas.

Em virtude dessas considerações, entende-se que a liberdade é o meio pelo qual o ser humano coloca em prática sua autonomia de vontade, sendo esta a forma pela qual poderá agir e alcançar sua dignidade. Por outro lado, nesta afirmação está demonstrada a íntima e imprescindível ligação entre a liberdade e a autonomia, pois sem aquela não poderá o ser humano exercer esta, ou seja, se para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, logo será necessário que ele também seja autônomo. Assim, a todo ser humano racional devemos atribuir liberdade, tendo em vista que esta é a forma sob a qual poderá agir segundo suas próprias vontades.

Posta assim a questão, é imperioso comprovar que dentre os muitos aspectos envolvidos na questão de autonomia, dois deles, mutuamente implicados, apresentam especial interesse para o tema em comento. O primeiro é a capacidade de autodeterminação, que constitui o próprio núcleo da autonomia. O segundo é a exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo.

Cumpre examinamos cada um deles, a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções

personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade (BARROSO, 2010).

O segundo aspecto destacado diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real e não apenas retórica. Ocorre que a dignidade humana está intimamente ligada a determinadas prestações materiais básicas, que devem ser asseguradas pelo Poder Público, sem as quais a vida digna restará seriamente comprometida. A partir da percepção desses direitos mínimos que circundam e aderem ao princípio da dignidade humana, desenvolveu-se o conceito de mínimo existencial. No centro do mínimo existencial encontra-se a dignidade da pessoa humana, porém, o mínimo existencial é mais amplo e engloba direitos sociais básicos, essenciais e indispensáveis a uma existência digna, revelando sua forte dimensão prestacional.

Nessa perspectiva, o Estado tem o dever constitucional de dar efetividade ao mínimo existencial, caso contrário a dignidade da pessoa humana restaria seriamente violada. É justamente nos casos em que o Poder Público encontra-se inerte e omissor no cumprimento da sua principal missão, que se faz necessária e indispensável à atuação do Poder Judiciário, que concentra suas decisões na supremacia da dignidade da pessoa humana. Para que um ser humano, possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidade, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas.

Contudo, existem situações em que a presença do mínimo existencial é inegável, sendo impositiva sua proteção, como bem destacado por Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 324):

Ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

Ocorre que no Brasil, talvez a tentativa mais conhecida de definir o conteúdo específico do mínimo existencial tenha sido a empreendida por Ana Paula de Barcellos (2002) que aponta as seguintes prestações como integrantes do núcleo da dignidade da pessoa humana, às quais reconhece eficácia jurídica imediata e com plena exigibilidade judicial: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça, este último, como elemento instrumental.

Em consonância com o exposto acima, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2017, consolidou o entendimento que liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado. A questão foi analisada no Recurso Extraordinário (RE) 979742, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. O recurso foi interposto pela União contra acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima, que a condenou, juntamente com o Estado do Amazonas e o Município de Manaus, a custear um procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, pois a religião do paciente (Testemunha de Jeová) proíbe transfusão de sangue.

Foi suscitada que a alegação de impossibilidade de realizar uma cirurgia com a garantia plena de que não haveria transfusão de sangue não possuía cabimento, pois existe previsão na técnica médica em sentido contrário. Ademais, foi ressaltada a importância que, sendo tecnicamente possível, o Poder Público deve garantir o direito à saúde de maneira compatível com as convicções religiosas do cidadão, uma vez que não basta garantir a sua sobrevivência, mas uma existência digna, com respeito às crenças de cada um, nos moldes do art. 1º, III, da Constituição Federal.

Por sua vez, o relator do processo, ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que não basta ao Poder Público dispor de rede de assistência médica se os serviços de saúde existentes não são compatíveis com as convicções religiosas dos pacientes. Em outras palavras, entendeu-se que equivaleria a uma omissão do Estado não possuir serviço de saúde adequado às convicções do paciente.

A questão constitucional trazida no recurso extraordinário em comento exigia a determinação da extensão de liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acaba estrangida pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar.

4. LIBERDADE RELIGIOSA

Em todas as sociedades humanas acha-se presente um código moral. Quer desejem admiti-lo, quer não, todos os povos sentem a necessidade de uma força orientadora, superior a eles mesmos. Instintivamente procuram um poder superior para adorar ou servir. Talvez seja o sol, a lua, uma estrela, um monte, um rio, um animal, um homem, ou uma organização. Seu código moral pode constar de um dos muitos escritos sagrados de diferentes culturas. Pessoas de toda a parte sentem tal necessidade. Trata-se de algo instintivo ao homem. O psiquiatra C. G. Jung afirma que “Religião é uma atitude instintiva, peculiar ao homem, e suas manifestações podem ser encontradas em toda a história humana”.

A religião existe na vida das pessoas desde o início dos tempos. A condição humana nela tem buscado, ao longo dos séculos, respostas para questões existências básicas, relacionadas ao sentido da vida, ao mundo à volta, o que acontece depois da morte, o motivo de existir tanto sofrimento e o que esperar do futuro.

John Locke (1985, p. 84), um dos primeiros pioneiros e teóricos do liberalismo, defendeu a liberdade religiosa como um item essencial da liberdade individual, ao afirmar que:

“A preocupação com a alma de cada homem e com as coisas de Céu, que não pertence à comunidade nem pode ser submetida a ela, deve ser deixada inteiramente a cada um. (...) seja falsa ou verdadeira, [a religião] não traz prejuízos aos interesses mundanos (...) [dos] súditos conterrâneos [dos magistrados], que são a única coisa que está sob os cuidados da comunidade”.

Suas ideias inspiraram a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, sendo que a primeira emenda à Constituição Americana de 1787 previu a separação entre religião e Estado e assegurou seu livre exercício, ao dispor:

Declaração de Independência dos EUA: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber: que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

1ª Emenda à Constituição dos EUA (primeira parte): O Congresso não editará qualquer lei relacionada ao estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício (GILBERT, 2005).

A partir daí, gradativamente, a liberdade de religião e o direito de professar uma crença e seguir os seus ritos, sem restrições, foram sendo incorporadas a documentos constitucionais, declarações de direitos e diplomas internacionais.

Nesse passo, é imperioso evidenciar o art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que expõe: “Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”.

Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 18, expressa:

“Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

Nesse sentido, deve-se dizer que este direito fundamental à liberdade de consciência e de crença pode ser concretizado tanto de maneira “positiva” quanto “negativa”, ou seja, a cada um se confere não apenas a prerrogativa de escolher e de professar ou de não professar determinada religião ou crença enquanto relação dialogal com Deus e de ver respeitada sua opção, mais do que isso, a liberdade de consciência e de crença

“compreende não apenas a liberdade ‘interna’ de consciência, religião e culto, mas também a liberdade ‘externa’ de manifestar a sua própria consciência, de professar as suas próprias crenças (ou não-crenças) e de difundi-las, pela palavra, por escrito ou outros meios de comunicação (QUEIROZ, 2001)”.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 18, de maneira minuciosa, determina que:

“1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Outro documento relevante foi a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, que ocorreu em 1981, em seu art. 4º, preconiza:

“1. Todos os Estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções, no reconhecimento, do

exercício e do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural. 2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.”

A partir dos textos transcritos, de validade transnacional, manifesta-se o reconhecimento de que a cada pessoa é reconhecido o direito à liberdade de consciência e de religião. No Brasil, a Constituição Federal brasileira de 1988 consagra o direito fundamental a liberdade religiosa, em seu art. 5º, inciso VI, VII e VIII, que aduz:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Outro dispositivo pertinente encontra-se no § 1º, do art. 143 da Constituição da República. Ao estabelecer a obrigatoriedade do serviço militar, nos termos da lei, estipulou-se que:

“às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”.

Das disposições constitucionais referidas, absorvem-se as seguintes noções: a liberdade de consciência e de crença é inviolável, sendo esta a regra primordial a estabelecer neste domínio. Outrossim, asseguram-se aos indivíduos o livre exercício ao culto e a proteção aos locais onde ele se pratica, bem como a garantia de que nenhum prejuízo advirá da escolha e do exercício de qualquer crença religiosa.

De maneira similar, contudo mais minuciosamente, a liberdade religiosa também é elencada pela Constituição Portuguesa em seu art. 41:

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável; 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa; 3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente

identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder; 4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto; 5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades. 6. É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.

A doutrina constitucional contemporânea adota como entendimento que liberdade de consciência, liberdade de religião e liberdade de culto trata-se de elementos indissociáveis da proteção personalidade. Nas exatas palavras de Canotilho (2001, p.781):

“As liberdades de consciência, de religião e de culto protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida”.

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, pluralista e laico por definição, deve ser imperativo ao conservar as liberdades de consciência e de crença, invioláveis por disposição constitucional expressa, conforme dispositivo expreso.

Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a laicidade, o que significa dizer uma postura/atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso nas suas diversas manifestações, nos termos da qual estes se abstém de tomar posição sobre o problema da verdade religiosa, portanto o Brasil não prega o laicismo, compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso. A ordem constitucional identifica a religião como uma dimensão significativa nas vidas das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias à sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia (BARROSO, 2010).

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto. Esta liberdade envolve a obrigação de o Estado não impor “condutas aos cidadãos atentatórios a sua dignidade e à sua convicção religiosa”. (NERY JUNIOR, 2009, p.15). De fato, de nada adiantaria o texto constitucional resguardar a liberdade religiosa e na prática o Estado impor condutas lesivas a consciência do cidadão. Neste sentido, Nelson Nery Junior complementa:

Assegurar a liberdade religiosa no texto constitucional, mas ver, no mundo fático, ser tal garantia suprimida pelo Estado, obrigando seus cidadãos a se submeter a tratamentos que violem suas convicções, força à conclusão de que essa liberdade ficaria apenas enunciada no plano normativo

constitucional (simbólico), porquanto, na realidade, sofreria uma concretização jurídica desconstitucionalizante. É dizer, obrigar as Testemunhas de Jeová a realizarem transfusão de sangue contra sua vontade constitui uma ação inconstitucional. Essa inconstitucionalidade não advém apenas da violação ao exercício da liberdade religiosa, mas, também, da desconsideração do próprio Estado Democrático de Direito, CF, art. 1º. (2009, p.20-21).

Nessa perspectiva, o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode impor ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa e à sua dignidade. Essa assertiva encontra justificativa em Jurgen Habermas (2007, p. 299) que ressalta:

“Independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídas, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa”.

As convicções ideológicas da maioria não podem ser, inclusive judicialmente impostas às minorias em razão dos riscos que essa atitude traz para a democracia. Em relação ao tema, Dworkin (2003, pag. 317) é veemente em declarar que:

Apesar de acreditarmos frequentemente que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que na maioria dos casos, nós que erramos ao pensar assim. A longo prazo, portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro.

Destarte, os praticantes da religião Testemunha de Jeová precisam ter se direito constitucional de constituir minoria resguardado, não podendo ser submetidos a qualquer tratamento médico contra sua vontade, sob risco de descaracterizar o próprio Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de defesa das minorias.

Diante disso, podemos observar a importância que Dworkin (2003, pag. 343) confere à liberdade e ao direito à escolha individual de tratamento. Desrespeitar essa liberdade de escolha atinge a dignidade do cidadão, descaracterizando o Estado Democrático e o funcionamento da própria democracia, as palavras do autor são simbólicas:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Para nós, o fato de viver de acordo com nossa liberdade é tão importante quanto o fato de possuí-la. A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal de reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada.

Nesse raciocínio, a submissão obrigatória de um paciente a realizar determinado tratamento contra sua vontade, não encontra respaldo constitucional, nem democrático, ou seja, a liberdade de um cidadão não pode ser ignorada ou rebaixada sob a alegação de que sua vida será salva, pois esse fundamento além de não ter consistência jurídica, camufla um preconceito em relação à minoria. Não se pode desconsiderar, outrossim, o fato de que as Testemunhas de Jeová não se opõem aos cuidados médicos; pelo contrário, elas aceitam se submeter a praticamente todo tipo de tratamento disponível, com exceção da transfusão de sangue e dos produtos dele derivados, quando extraídos de terceiros, e não do próprio paciente. Não há, assim, autêntica recusa a tratamento médico, mas uma escolha esclarecida a respeito do tipo de intervenção a ser praticada; também não há, ao cabo, o exercício de um suposto “direito à morte”, embora haja o de preferir, se necessário chegar a tanto, a morte à perda da liberdade.

4.1. LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS DIREITO À VIDA

Não obstante, não raro, encontram-se decisões judiciais em que pacientes, Testemunhas de Jeová, são condenados a se submeter compulsoriamente ao tratamento médico que envolva transfusão de sangue. No tocante, a fundamentação dessas decisões, verificarmos a manifestação de um pensamento embasado em uma ponderação de interesses entre dois direitos fundamentais: Liberdade religiosa versus Direito à vida, optando-se em dar prevalência a este último em detrimento da liberdade de religião. Todavia, esse suposto conflito entre dois direitos fundamentais apresenta-se como um falso problema.

Nessa linha, o jurista Robert Alexy (2007, pag. 110) desenvolveu uma teoria que versa sobre colisão entre direitos fundamentais, de acordo com o autor os direitos fundamentais podem colidir amplamente e restritivamente:

As colisões de direitos fundamentais em sentido restrito nascem, sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.

Em consonância com o exposto acima, quando um paciente, por motivos religiosos, manifesta recusa a se submeter a tratamentos que envolvam transfusões sanguíneas, está exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, pois está se negando a realizar uma prática atentatória à sua liberdade religiosa e à sua

dignidade. Nesse passo, quando esse cidadão exerce esta recusa ele invoca seus direitos fundamentais, conduta esta que em nenhuma hipótese atenta ou coloca em risco direito fundamental de outra pessoa.

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se submeter a tratamento médico para curar enfermidade, que se não for tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese, é possível vislumbrar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual é completamente compreensível e possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular (RIESTRA, 2009).

Nesse mesmo sentido, a Portaria nº 1820/2009, do Ministério da Saúde, estabelece que a recusa a tratamentos será sempre justificada, desde que não ponha em risco à saúde pública, algo que não ocorreria em razão de negativa em efetuar a transfusão sanguínea pelo praticante da religião Testemunha de Jeová. É oportuno citar o:

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

Em sentido amplo, não há colisão de direitos fundamentais porque, da mesma maneira do exemplo anterior, quando o paciente, Testemunha de Jeová, se recusa a fazer tratamentos que envolvam transfusões sanguíneas, em nenhum momento a prática desse seu direito acarreta dano a um bem coletivo. Afinal, não se pode alegar que tal recusa confrontaria um interesse coletivo na preservação da vida, porque tal paciente em nenhuma hipótese deseja a própria morte, assim como não acredita na cura pela fé, iremos verificar nesse estudo que o paciente admite se submeter a outros tratamentos médicos, desde que não envolvam transfusão de sangue.

Desse modo, é notório que decisões judiciais que imponham condutas para coagirem os pacientes a realizarem transfusões sanguíneas carecem de fundamentação jurídica consistente, bem como de adequação social. Em geral, tais decisões se baseiam em uma suposta existência de colisão entre direitos

fundamentais, a qual, todavia, demonstramos que não existe, seja em sentido amplo ou restrito.

Neste passo, o professor Adriano Marteleto Godinho (2014, 350) preleciona que quando o que se coloca em pauta é o próprio direito à vida, bem maior de todos, tende-se a firmar um postulado inflexível: sua preservação seria imperativa, ainda que esta salvação se dê em detrimento da liberdade individual. Se os bens da personalidade são irrenunciáveis, se o seu núcleo duro não pode ser atingido, e se do direito à vida decorrem todos os demais direitos – inclusive à liberdade, donde deriva a autonomia para estipular escolhas –, não caberia, em tese, admitir o sacrifício da vida, qualquer que seja o pretexto a ser invocado. Será, contudo, que a vida pode ser mesmo tomada como um valor absoluto, intransponível e inarredável sob todas as conjecturas? O que dizer, então, sobre a possibilidade de um indivíduo, ao atuar em legítima defesa e tirar a vida de seu pretense algoz, obter o reconhecimento legislativo de que sua conduta não é ilícita? E como justificar a prática do aborto, nas estritas circunstâncias em que é permitido por lei? Sobre tais circunstâncias assevera:

No primeiro caso, estão em rota de colisão os direitos à vida de duas pessoas, o que, seguindo-se o mesmo raciocínio empregado para a resolução do problema da legítima defesa, justificaria o sacrifício de um em prol da subsistência do outro; no segundo, contudo, haverá, de um lado, um autêntico o direito à vida reconhecido ao nascituro e, de outro lado, não a necessidade de preservar a vida da gestante, mas a sua integridade psíquica. Ainda que a gravidez decorrente de estupro não represente riscos à vida e à saúde da mãe, permitir-se-á o aborto por se entender que seria excessivo impor à gestante os encargos de levar adiante a gravidez, parir, sustentar e educar a prole (em respeito ao mandamento contido no art. 1.556, inciso IV do Código Civil brasileiro) e, enfim, enxergar, no próprio filho, o espelho de um dos mais monstruosos e tormentosos atos de violência que se pode dirigir contra uma pessoa.

O professor supracitado, complementa que diante dessa situação, o próprio legislador a ponderar bens e valores, acaba por optar pelo resguardo de uns em detrimento de outros. Naturalmente, a lei não impõe à gestante a obrigação de submeter-se ao aborto: a lei penal isenta de punição a prática do ato, desde que mediante o consentimento da mulher grávida. Há, contudo, licença para escolher. Se assim pretender, poderá a gestante, lícitamente, se valer do meio abortivo para impedir que a gravidez continue a medrar. É, a todas as luzes, um caso em que a vida pode ceder, ainda que para por ao abrigo outro bem jurídico, por suposição, inferior. (GODINHO, 2014).

Portanto, constatamos que a própria lei aprecia situações das quais chegamos à conclusão de que nem mesmo a vida é um bem jurídico absoluto, concebe-se a

perspectiva de supor que, em outras circunstâncias, ela poderá razoavelmente ser ponderada diante de outros bens ou valores, inclusive a própria dignidade da pessoa humana.

4.2. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: POSTURA QUANTO À MEDICINA E TRATAMENTOS MÉDICOS

Torna-se extremamente importante refletir e averiguar sobre os motivos que leva um paciente pertencente à comunidade religiosa das Testemunhas de Jeová a se recusar a receber transfusão de sangue. É preciso ter cautela para não cair em um tratamento discriminatório contra as Testemunhas de Jeová, pois tal recusa está embasada na crença e a dignidade oriunda destes valores religiosos nos quais acreditam. Deve ser considerado, que a liberdade de crença demonstrada por esse grupo reveste suas vidas de sentido, sendo de difícil entendimento, na sua verdadeira dimensão, por quem não tem conhecimento dos motivos, não vive e não comunga de tais valores, pois a dignidade que emana da sua escolha religiosa é bastante relevante para as Testemunhas de Jeová.

É oportuno mencionar que as Testemunhas de Jeová, religião tradicional que existe desde o final do século XIX e conta, segundo o site oficial, com mais de 8.000.000 (oito milhões) de cristãos, em mais de 240 (duzentos e quarenta) países. As Testemunhas de Jeová são pessoas comuns, que estão interessadas no bem estar do próximo, e procuram, em sua relatividade, aprender de suas experiências e estudam diligentemente a Bíblia. Em todas as suas atividades procuram a orientação da Palavra de Deus e de Seu Espírito Santo. Procuram as Testemunhas de Jeová basear suas crenças, sempre na Bíblia e não em credos religiosos ou em meras especulações. Assim, acreditam que todos os ensinamentos devem estar de acordo com as Escrituras, crendo que a Bíblia é a Palavra de Deus.

Ao tomarem decisões, incluindo as de natureza médica, as Testemunhas de Jeová esforçam-se em fazer isso em harmonia com os princípios bíblicos visando preservar sua relação pessoal com Deus.

Por encararem a vida como dádiva de Deus, acreditam que devem salvaguardar sua saúde. Por essa razão, buscam prontamente cuidados médicos profissionais, em vez de a “cura pela fé” ou “cura pela oração”. Como não defendem o “direito de morrer” e não pretendem serem mártires, conscienciosamente procuram tratamento médico de qualidade para si e suas famílias. Também se empenham para

manter um estilo de vida saudável, cuidando da higiene pessoal e doméstica. Além disso, não fumam, não fazem uso de entorpecentes, não abusam de bebidas alcoólicas, nem realizam abortos.

Como dito anteriormente, as Testemunhas de Jeová buscam prontamente ajuda médica quando ela é necessária. Muitos tribunais reconhecem o direito fundamental de o paciente decidir sobre seu próprio corpo quanto a decisões de ordem médica e protegem a autonomia do paciente de acordo com o princípio do consentimento informado ou escolha consciente de tratamentos de saúde. O paciente deve ser plenamente informado do diagnóstico, do prognóstico e dos tratamentos recomendados, para que ele possa se informar e tomar decisões sobre tratamentos de saúde.

As Testemunhas de Jeová defendem a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo ou pelas veias violam as leis e princípios de Deus, pois tal atitude contraria o que se encontra prevista em inúmeras passagens bíblicas. Destarte, compreendem literalmente que Deus determinou a toda a humanidade, a abstenção do uso do sangue. Essa ordem expressa foi dada a Noé, quando lhe foi autorizado o consumo de carne animal. “Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento. Assim como dei a vocês a vegetação verde, eu lhes dou todos eles. Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida” (GÊNESIS, 9: 3-4).

Cumprе mencionar, que tal grupo religioso defendem a vedação do consumo do sangue na alimentação, em decorrência do sangue significar vida ou alma. O Pontifício Instituto Bíblico de Roma traduz o mesmo versículo 4 da seguinte maneira: “Somente não comereis da carne ainda com sua vida, isto é, o sangue”.

O texto supramencionado, refere-se ao sangue animal, porém, os versículos seguintes fazem referência ao sangue humano com a mesma intensidade:

Além disso, vou exigir uma prestação de contas pelo sangue, a vida, de vocês. Vou exigir de cada animal uma prestação de contas; e vou exigir de cada homem uma prestação de contas pela vida do seu irmão. Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu próprio sangue, pois Deus fez o homem à sua imagem (GÊNESIS 9: 5,6).

Indicam que em diversas situações, em ordens expressas na lei dada por Deus à nação de Israel, essa instrução foi ratificada, como pode ser descrita em Levítico:

7:26,27: E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal. Toda alma que comer qualquer sangue, esta alma terá de ser decepada do seu povo.

17:10 Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e devereis o deceparei dentre seu povo.

17:14 Pois a alma de todo tipo de carne é seu sangue pela alma nele. Por conseguinte, eu disse aos filhos de Israel: “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado [da vida].”

Posteriormente, essa mesma ordem foi dirigida aos primeiros cristãos, e registrada em Atos (15: 28, 29):

Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês. Saudações!

As Testemunhas de Jeová indicam que desde o início do cristianismo, receberam a ordem divina de “abster-se” de sangue. Portanto, recusam resolutamente as transfusões de sangue total e de seus quatro componentes primários, ou seja, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Ao agirem dessa forma, obedecem à diretriz bíblica encontrada no livro de Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículos 28 e 29. Esse decreto apostólico, feito no primeiro século da era cristã, reiterou o mandamento divino que havia sido dado a Noé, antepassado da humanidade de acordo com o registro bíblico, e reafirmado a Moisés por ocasião da Lei Mosaica. - Genesis 9:3, 4; Levítico 7:26, 27; 17:1, 2, 10-14; Deuteronômio 12:23, 24. A questão do sangue para as Testemunhas de Jeová, portanto, envolve os princípios mais fundamentais sobre os quais elas, como cristãos, baseiam sua vida, considerando que sua relação com seu Criador e Deus estão em jogo.

As transfusões de sangue se tornaram comum após a Segunda Guerra Mundial e as Testemunhas de Jeová entenderam que isso era contrário à lei de Deus. Sabem que a maioria dessas transfusões não são de sangue total e que dependendo do quadro clínico do paciente, apenas um dos componentes sanguíneos pode ser prescrito pelo médico. Ainda assim, defendem a opinião de que aceitar o sangue total ou qualquer dessas partes viola a lei de Deus. Visto que o sangue pode ser processado além dos componentes primários, algumas questões são levantadas quanto a utilização das frações delas derivadas (A SENTINELA, 2000).

Dessa maneira, acreditam que cabe a cada paciente determinar se aceitará ou rejeitará medicamentos feitos com frações menores de sangue e certos procedimentos ou exames médicos envolvendo o uso de seu próprio sangue, os quais estão disponíveis atualmente para a maioria da população. Visto que a Bíblia não fornece orientação específica sobre o uso de frações de sangue, cada paciente deve decidir se aceitará ou não o uso médico dessas substâncias. Em síntese, o entendimento religioso não proíbe de modo absoluto o uso de frações provenientes dos componentes primários do sangue (hemocomponentes), como albumina, imunoglobulinas, fatores de coagulação e soluções de hemoglobina. Os profissionais da saúde devem determinar com antecedência quais produtos e procedimentos são aceitáveis para cada paciente.

Posta assim a questão, com o objetivo de ilustrar, segue abaixo imagem que demonstra a posição das Testemunhas de Jeová sobre o uso de sangue:

Posição das Testemunhas de Jeová sobre o uso de sangue alogênico e autólogo					
POSIÇÃO	SANGUE ALOGÊNICO				SANGUE AUTÓLOGO
	Sangue total				
Inaceitável	Glóbulos vermelhos	Glóbulos brancos	Plaquetas	Plasma	<ul style="list-style-type: none"> Doação e armazenamento pré-operatório de sangue autólogo para reinfusão posterior
Decisão pessoal	Frações de glóbulos vermelhos <ul style="list-style-type: none"> Hemina Hemoglobina 	Frações de glóbulos brancos	Frações de plaquetas	Frações do plasma <ul style="list-style-type: none"> Albumina Fatores de coagulação Fibrinogênio Imunoglobulinas 	<ul style="list-style-type: none"> Hemodiluição normovolêmica aguda Hemodiálise Circulação extracorpórea (bypass cardiopulmonar) Recuperação intraoperatória de sangue
	Cada Testemunha de Jeová, de acordo com sua consciência, toma sua decisão quanto ao que pode aceitar. <i>É importante conversar com antecedência com cada paciente sobre que produtos ou procedimentos são aceitáveis para ele.</i>				

Fonte: Site oficial das Testemunhas de Jeová (JW.ORG)

Neste sentido, deve-se dizer que a rejeição a tratamentos hemotransfusionais não se confunde com a tentativa de suicídio nem muito com a invocação do “direito de morrer”, em primeiro lugar, a ideia do suicídio é tentar tirar a própria vida. Um artigo publicado em The American Surgeon (O Cirurgião Estadunidense) comentava de modo correto:

“Em geral, a recusa de cuidados médicos não equivale ao ‘suicídio’. As Testemunhas de Jeová procuram assistência médica, mas recusam somente uma faceta dos cuidados médicos. A recusa dos cuidados médicos ou de partes deles não é um ‘crime’ cometido contra si mesmo por um ato evidente do indivíduo de destruir-se, como é o suicídio.”

Não se pode desconsiderar, outrossim, o fato de que as Testemunhas de Jeová não se opõem aos cuidados médicos, pelo contrário, elas aceitam se submeter a praticamente todo tipo de tratamento disponível, com exceção da transfusão de sangue e dos produtos dele derivados, quando extraídos de terceiros, e não do próprio paciente (SORIANO, 2002).

A crença religiosa estabelece uma escolha existencial a ser tutelada, uma liberdade básica da qual o cidadão não pode ser desapropriado. Portanto, seria totalmente irracional o Estado utilizar argumentos supostamente “humanitários” para constranger uma pessoa a receber transfusão sanguínea contra a sua vontade. É preciso compreender que não cabe ao Estado estimar o mérito da convicção religiosa, sendo necessário apenas atestar a sua seriedade. Em outras palavras, a proteção seletiva a determinados dogmas religiosos corresponde à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violentando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito. Além disso, a recusa por tratamentos hemotransfusionais foi incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000, que dispõe: “o paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento”.

A título de exemplo, podemos citar o agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Marina Mylena Silva Teixeira (TRF-1, 2016, on-line), contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, em 2016, que em ação pelo rito ordinário ajuizada pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH foi solicitada autorização judicial para realização de transfusão de sangue forçada, supostamente urgente e indispensável para preservação da vida da Sra. Marina, onde foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de autorizar a equipe médica, responsável pelo procedimento requerido, a impor à ré que se submetesse de forma compulsória à transfusão de sangue prescrita, na forma com requerido na inicial.

A Sra. Marina, ora agravante, se encontrava internada nas dependências do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais desde 12/03/2015, diagnosticada com Leucemia Linfoblástica Aguda–LLA, em razão do seu diagnóstico,

foi prescrito pela equipe médica a realização de quimioterapia, decorrente da anemia apresentada pela paciente, também foi recomendada transfusão de sangue. A paciente informou que após os devidos esclarecimentos a respeito de seu estado de saúde e das formas de tratamentos existentes para a sua enfermidade, por ser adulta e capaz, manifestou sua decisão de forma verbal e por meio de um documento de diretivas antecipadas, onde optou por um protocolo médico que dispensa a utilização de componentes sanguíneos. Tal decisão foi pautada em suas convicções religiosas (paciente Testemunha de Jeová) e científicas (existência de opções terapêuticas sem sangue e riscos transfusionais).

Além disso, foi ressaltada, a existência de outros tratamentos que poderiam ser utilizados e que tais medicamentos estavam sendo ministrados desde o dia 15/3/2015, um dia antes do ajuizamento da ação. Asseverou ainda, que o tratamento médico contra decisão esclarecida de paciente adulto, lúcido e capaz feria até mesmo o próprio direito à vida, na medida em que, consoante entendimento atual do STF, este direito não envolve somente o aspecto biológico da pessoa, mas tudo o mais que lhe compõe, incluindo sua faceta moral e psíquica.

No julgado em comento, foi destacado que não havia "fumus boni iuris", uma vez que a agravante não estava abrindo mão de sua vida em razão de suas convicções religiosas. Considerando que não há qualquer ilicitude em escolher um tratamento médico em detrimento de outro. No tocante, ao "periculum in mora", foi abordado que a transfusão de sangue não era o único tratamento a ser utilizado no caso em tela, pois mesmo após a concessão da tutela antecipada, a paciente ainda não havia sido transfundida e continuava em tratamento.

Na mesma esteira, protagonizando este entendimento, o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, elaborou um parecer intitulado "Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas", onde analisou a colisão entre o Direito à Vida e Liberdade de Religião, fazendo as seguintes ponderações:

A liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicas do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade. 2. A recusa em se submeter a procedimento médico, por motivo de crença religiosa, configura manifestação da autonomia do paciente, derivada da dignidade da pessoa humana. 3. A gravidade da recusa de tratamento, sobretudo quando presente o risco de morte ou de grave lesão, exige que o consentimento seja genuíno, o que significa dizer: válido, inequívoco, livre e informado (BARROSO, 2010).

Ao analisar o aspecto da vida como direito fundamental e como valor objetivo ressaltou que:

Em suma: o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito. Impõe-se, nesse ambiente, uma análise caso a caso, na qual se possam analisar os diferentes elementos em jogo, com destaque para a repercussão das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade. A discussão sobre a recusa de tratamento médico por fundamento religioso insere-se nesse contexto e será abordada em tópico próprio (BARROSO, 2010).

Já quanto ao aspecto liberdade religiosa, o eminente constitucionalista asseverou que:

Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual. A indagação não comporta resposta juridicamente simples nem moralmente barata (BARROSO, 2010).

No que diz respeito à legitimidade da recusa de tratamento médico por fundamento religioso, esclareceu que:

As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).

(...)

Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão

deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade (BARROSO, 2010).

Ao fundamentar a possibilidade de recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová, o Ministro da Suprema Corte lembra que a questão da validade e da adequação da manifestação de vontade requer o consentimento genuíno, sustentando que para que ele se caracterize, é imperativo verificar a presença de aspectos ligados ao sujeito do consentimento, à liberdade de escolha e à decisão informada nos seguintes termos:

O sujeito do consentimento é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca a sua vontade. Para que ela seja válida, deverá ele ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento para expressá-la. Portanto, além da capacidade, o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição. Para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do procedimento. A decisão, ademais, haverá de ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico. Ainda que essa exigência possa não ser absoluta, ela certamente é recomendável, inclusive para resguardo do médico e do Estado. Por fim, a vontade deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento, e revogável. Para que seja considerado genuíno, o consentimento precisará também ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não deve ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças. Por derradeiro, o consentimento tem de ser informado, o que envolve o conhecimento e a compreensão daquele que vai consentir acerca de sua situação real e das consequências de sua decisão. Nessa linha, os elementos relevantes devem ser transmitidos em linguagem acessível ao indivíduo, conforme indicado na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria MS nº 675/2006), em seu Terceiro Princípio, item IV, e na Lei Estadual (RJ) nº 3.613/2001 (BARROSO, 2010).

A postura das Testemunhas de Jeová quanto à escolha de tratamento médico sem sangue jamais visou confrontar a classe médica. Para tanto, elas estabeleceram uma rede denominada Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs) no Brasil, nas principais cidades e centros médicos do país. Em apoio às COLIHs, existe a provisão do Grupo de Visitas a Pacientes (GVPs), que provêem apoio espiritual, emocional e se necessário, suporte físico para os pacientes internados em hospitais.

4.3. COMISSÕES DE LIGAÇÃO COM HOSPITAIS (COLIHs) e GRUPO DE VISITAS A PACIENTES (GVP)

As Testemunhas de Jeová criaram uma rede mundial para ajudar médicos que cuidam de pacientes Testemunhas de Jeová. As mais de 1.700 Comissões de Ligação com Hospitais ao redor do mundo integram uma rede internacional que atua em mais de 110 países. Essas comissões são formadas por ministros da própria comunidade, capacitados para interagir com médicos, funcionários de hospitais, assistentes sociais e membros do Judiciário.

Eles prestam gratuitamente os seguintes serviços, quando solicitados: a) Fornecem artigos e informações médicas sobre estratégias clínicas para tratar pacientes sem transfundir sangue alogênico, obtidos de periódicos médicos conceituados e revisados por especialistas; b) Facilitam contatos entre médicos, para que um médico possa consultar especialistas qualificados e ajudam a transferir o paciente se necessário; c) Realizam apresentações para médicos, especialistas em ética, residentes e outros profissionais da área hospitalar e jurídica; d) Esclarecem questões éticas a pacientes Testemunhas de Jeová ou a médicos, relacionadas com o tratamento médico; e) Providenciam assistência pastoral e ajuda prática a pacientes Testemunhas de Jeová hospitalizadas. (SENTINELA, 2015)

À guisa de exemplo, é oportuno citar alguns comentários de profissionais da área médica:

As Testemunhas de Jeová criaram vários serviços muito úteis nas questões relativas às transfusões de sangue. Em primeiro lugar, eles ajudam o paciente e sua família a receber cuidados médicos adequados. Além disso, ajudam os profissionais da área de saúde fornecendo informações valiosas relacionadas com tratamentos médicos sem transfusões de sangue e facilitam a comunicação entre pacientes, médicos, enfermeiros, etc.

— Petra Seeber, Aryeh Shander. *Basics of Blood Management*. Malden, (USA): Blackwell Publishing, Inc.; Oxford, UK: Blackwell Publishing, Ltd., 2007, pág. 295-6.

As Comissões de Ligação com Hospitais podem ser úteis tanto para hospitais universitários como para não universitários. Os membros dessas comissões são Testemunhas de Jeová especialmente treinadas para deixar os médicos mais informados sobre as crenças das Testemunhas de Jeová. Em alguns casos, as comissões identificaram grupos de médicos que concordam em tratar as Testemunhas de Jeová sem transfusões de sangue. Assim, quando um profissional da área de saúde prefere, por motivo de consciência, não aceitar a posição do paciente Testemunha de Jeová de recusar transfusões de sangue, ele pode encaminhar esse paciente a um profissional que está disposto a respeitar a posição dele.

— John Banja. *Overriding the Jehovah's Witness patient's refusal of blood: A Reply to Cahana, Weibel, and Hurst*. *PainMed* 2009;10(5):878-82.

A Comissão de Ligação com Hospitais também pode servir como fonte de informações sobre as crenças e práticas das Testemunhas de Jeová. Geralmente estão bem informados sobre pesquisas e procedimentos médicos atualizados na área de cirurgia sem sangue e dispõem de uma grande quantidade de materiais de referência e outras informações. As Comissões de Ligação com Hospitais também contam com uma lista de médicos experientes em tratar pacientes de acordo com a vontade das Testemunhas de Jeová. Esses profissionais estão preparados para dar aconselhamento médico, caso sejam consultados, ou mesmo aceitar a transferência do paciente para seus cuidados.

— *Management of Anaesthesia for Jehovah's Witnesses*, Second Edition. London (UK): The Association of Anaesthetists of Great Britain and Ireland, 2005, pág. 7.

As Testemunhas de Jeová oferecem um serviço de relacionamento que ajuda os médicos a encontrar, antes da cirurgia, uma estratégia consensual e individualizada de tratamento, e este autor pode afirmar por experiência própria que essa é uma abordagem bem direta, sem confrontos e útil.

— Sarah Hivey et al. Religious practice, blood transfusion, and major medical procedures. *PaediatrAnaesth* 2009;19(10):934-46.

Cada Comissão possui como estrutura principal, um presidente, um secretário, um responsável pela pesquisa e outro responsável pelo Grupo de Visitas a Pacientes (GVP). O GVP apoia a COLIH no que diz respeito ao cuidado e o conforto do paciente. É importante frisar que o GVP não realiza a interface paciente – médico, e sim paciente – COLIH, principalmente em momentos de emergências médicas.

O GVP é um grupo formado por Testemunhas de Jeová que oferecem consolo espiritual e ajuda prática para seus irmãos na fé que precisam ir para o hospital. Se um irmão da congregação estiver doente, os anciãos da congregação tomam a iniciativa de ir visitá-lo. Pode acontecer situações que um paciente Testemunha de Jeová necessite se direcionar para um hospital que fique distante do local onde mora. Nesse contexto, em algumas cidades grandes, as Testemunhas de Jeová criaram um Grupo de Visitas a Pacientes (GVP).

Os anciãos que fazem parte desses grupos vão regularmente aos hospitais para dar apoio a pacientes Testemunhas de Jeová que vieram de outros lugares do país (ou até mesmo de outro país). Mais de 28.000 (vinte e oito mil) Testemunhas de Jeová voluntárias fazem parte de aproximadamente 1.900 (mil e novecentos) GVPs ao redor do mundo.

Em suma, esses voluntários são especialmente treinados para prover conforto espiritual e ajuda prática aos pacientes que são Testemunhas de Jeová internados em hospitais, por meio de visitas discretas no leito. É notório que quando os pacientes se sentem amparados e confortados, isso acaba sendo uma influência positiva para a

sua recuperação. Assim, as visitas realizadas pelos ministros do Grupo de Visitas a Pacientes podem contribuir para a sua boa recuperação. Além disso, o GVP coopera com os serviços de assistência social do hospital. Ele auxilia o paciente Testemunha de Jeová e sua família por prover, na medida do possível, acomodações, hospedagem, transporte e refeições, especialmente se o acompanhante do paciente é de outra cidade.

A estrutura da COLIH contempla também um setor jurídico, que visa aproximar advogados e pacientes Testemunhas de Jeová na defesa de seus direitos em terem suas escolhas de tratamentos respeitadas. Esse setor realiza o campo de interação entre pacientes que necessitam de defesa e advogados, conhecidos como cooperadores, interessados em defendê-los na questão de saúde.

A COLIH também possui como objetivo atender as necessidades das Testemunhas de Jeová em decorrência dos possíveis conflitos gerados pelas limitações resultantes da não utilização de sangue em tratamentos terapêuticos e tudo o que transborda dessa situação. Muitos profissionais da área da saúde não estão a par dos conceitos religiosos das Testemunhas de Jeová e se respaldam em diretrizes institucionais e clínicas, que evidenciam o sangue como um procedimento médico correto, segundo Chehaibar (2010). Trata-se de uma comissão que pensa e discute os direitos das Testemunhas de Jeová dedicadas e batizadas.

O escopo da COLIH nas cidades onde atua, é a de procurar pesquisas, estudos, bem como métodos utilizados em outros países com satisfatórios resultados. Seus membros dispõem de amplas informações a respeito de alternativas disponíveis para a terapia transfusional. Reúnem e disponibilizam artigos atualizados sobre estratégias de tratamento sem sangue, tirados de literatura médica respeitada.

Na maioria das congêneres e filiais da Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados ao redor do mundo, há pessoas designadas para cuidar de emergências médicas. Possuem uma lista de médicos colaboradores dos seus respectivos países. Cada congênere ou filial encontra-se ligada em rede com outras congêneres e filiais para ampliar o quadro de médicos colaboradores, onde necessário.

4.4. TRANSFUSÃO DE SANGUE E SEUS RISCOS

Convém mencionar que o tratamento de sangue, por sua própria natureza, abrange riscos inafastáveis de contaminação e incompatibilidade. Não há como se administrar uma determinada terapia sem antes ser confrontada com os seus riscos.

O Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue, publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em 2004, na página 28, esclarece que: “o sangue, pela sua característica de produto biológico, mesmo quando corretamente preparado e indicado, carrega intrinsecamente vários riscos, sendo impossível, portanto, reduzir a zero a possibilidade de ocorrência de reações adversas após uma transfusão”.

Além disso, no ano de 2007, a ANVISA voltou a afirmar, agora no Manual Técnico de Hemovigilância - Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infecciosas, na página 9:

A terapia transfusional é um processo que mesmo em contextos de indicação precisa e administração correta, respeitando todas as normas técnicas preconizadas, envolve risco sanitário com a ocorrência potencial de incidentes transfusionais, sejam eles imediatos ou tardios. (...) Antes de se prescrever o sangue ou hemocomponentes a um paciente é essencial sempre medir os riscos transfusionais potenciais e compará-los com os riscos que se tem ao não se realizar a transfusão.

De fato, a transfusão de sangue é um tratamento de riscos reais: imediatos e futuros. Importante observar que os próprios Conselhos de Medicina também estão cientes dos potenciais riscos transfusionais e de suas sérias consequências. Por exemplo, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), no Parecer nº 1.817-10/88, tecendo considerações sobre os riscos das transfusões sanguíneas, além de confirmar que as transfusões de sangue alogênico trazem inerentes riscos, alertou que: “As transfusões de urgência são realizadas de maneira empírica por profissionais não qualificados ou ainda, não realizadas por falta total de recursos, perdendo-se muitas vidas que potencialmente poderiam ser salvas”.

Nessa vereda, tais informações encontram-se em consonância com outros trabalhos científicos recentes, que afirmam que as transfusões de sangue estão relacionadas com aumento da morbidade e mortalidade. A título de exemplo, no artigo *The impact of storage red cell function in blood transfusion*, lemos:

Apesar do uso comum de transfusões de hemácias na prática clínica, os efeitos benéficos reais das hemácias nunca foram demonstrados. Ao contrário, vários estudos sugerem que as transfusões de hemácias estão associadas com maior risco de morbidade e mortalidade.

Assinale-se, ainda, o importante alerta de Octávio Luiz Motta Ferraz (2008, p.156), que assera:

Um dos campos da atividade médica mais prolíficos em questões sobre a responsabilidade civil é o da transfusão de sanguínea. Com efeito, sobretudo após a descoberta do vírus HIV, a potencialidade danosa desse tipo de tratamento médico mostra-se ainda mais evidente. A questão ganhou publicidade e alcançou proporções dramáticas recentemente em diversos países pela contaminação de centenas de pessoas por sangue contaminado utilizado em hospitais públicos para transfusões. Além da AIDS, outras doenças podem ser transmitidas com o procedimento de transfusão sanguínea, como a sífilis, a hepatite e a doença de Chagas, para citar apenas as mais comuns.

Em virtude dessas considerações, diante da necessidade de uma regulamentação, em nível nacional, para prevenir a propagação de determinadas doenças, foi promulgada a Lei Federal nº 7649, de 25 de janeiro de 1988, regulamentada pelo Decreto nº 95.721, de 11 de fevereiro do mesmo ano, onde estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado.

Por sua vez, cumpre suscitar os artigos 1º e 3º dessa lei, que aduz:

Art. 1º Os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório, visando a prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações.

Art. 3º As provas de laboratório referidas no art. 1º desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Neste passo, o artigo 7º, da mesma lei, incumbe as Secretarias de saúde dos Estados a tarefa de fiscalizar a realização desses procedimentos de prevenção, criando um vínculo jurídico de responsabilidade civil do Estado, assumindo este verdadeiro risco da atividade hemoterápica realizada em seu território.

Desse modo, em caso de contaminação uma transfusão de sangue, há responsabilidade civil do Estado, que deixou de fiscalizar e controlar tal atividade, ou o fez insuficientemente, de maneira que deve a ele figurar como litisconsorte passivo, em eventual demanda judicial. E, na pior das hipóteses, pode até haver, solidariedade do Estado e do banco de sangue, centro hemoterápico ou entidade afim, nessa responsabilidade imposta pelo artigo 7º da Lei Federal nº 7649/88. O que não se pode admitir é o Estado eximir-se dessa responsabilidade que a lei lhe impõe.

É assim que decidem nossos Tribunais consoante se comprova das ementas abaixo transcritas:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. ACIDENTE DE TRABALHO COM MATERIAL PÉRFURO-CORTANTE (AGULHA) NA COLETA DO LIXO AMBULATORIAL. CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV. I) Responsabilidade subjetiva do Município de Três Palmeiras (art. 7º, XXVII, CF). Acidente de trabalho inequívoco. Dano (contaminação pelo HIV) e nexo de causalidade com o acidente de trabalho por culpa do Município/réu, devidamente demonstrado, que não forneceu treinamento e equipamento adequado para o exercício da função laboral da autora de recolhimento de lixo ambulatorial (que continha material contaminado). Teste rápido de HIV realizado no dia do acidente, com resultado negativo, a denotar que o vírus foi contraído no evento danoso. II) Dever do Município/réu de indenizar pelo dano moral sofrido pela autora, bem como pelo seu marido, coautor, a quem o vírus HIV foi transmitido. III) Culpa concorrente dos autores reconhecida, por não terem diligenciado na continuidade do tratamento indispensável aos casos de acidente de trabalho na natureza do presente. IV) Valor do dano moral (fixado na sentença em R\$ 20.000,00) redimensionado para R\$ 50.000,00, para cada um dos autores, considerando os parâmetros deste Tribunal e do STJ, e, a culpa concorrente (art. 945 do CC). V) Indenização pelo dano material descabida, porquanto não há qualquer adminículo de prova nos autos de que os autores tenham despendido ou virão a despendar qualquer valor com o tratamento da doença, o qual, como se sabe à saciedade, é suportado pela rede pública de saúde. VI) Pedido de pensão vitalícia não deduzido na petição inicial, que descabe ser analisado nesta Segunda Instância, por se tratar de inovação recursal, em afronta ao art. 329 do CPC. Observância aos princípios da estabilidade do processo, da ampla defesa e contraditório. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70075291724, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 24/05/2018)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE. ADMINISTRAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COMA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. I - Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que a União Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória na qual a causa de pedir seja referente à contaminação pelo vírus HCV (hepatite C), durante tratamento de hemoterapia em estabelecimento hospitalar estadual, na época em que vigente a Lei n.4.701/1965. Nesse sentido: REsp 1299900/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 13/03/2015; REsp 1479358/PE, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJe de 13.10.2014; REsp 768.574/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 29.3.2007; REsp 670.914/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 19.12.2005; AgRg no REsp1521100/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015. II - Agravo interno improvido. (STJ – AgInt no REsp: 1616103 PE 2016/0193882-8, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/11/2017, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2017)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTAMINAÇÃO DE CRIANÇA COM O VÍRUS HIV. TRANSFUSÃO DE SANGUE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/1997. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR ARRASTO. EFEITOS EX TUNC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. 1. O município, administrador do Hospital Infantil Presidente Vargas, responde de forma objetiva quanto à falha no atendimento no que se refere à estadia do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. 2. Caso em que

houve falha do Hospital e, conseqüentemente, do Município quanto à paciente infante, ora representada por sua mãe, que recebeu sangue infectado pelo vírus HIV mediante transfusão, em tratamento decorrente de anemia. 3. Dano moral in reipsa. Criança que contraiu grave moléstia com a qual terá que conviver o resto de sua vida ou até o dia em que seja descoberta uma cura. 4. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Quantum indenizatório aos danos morais que deve observar a proporcionalidade, razoabilidade e o caráter reparatório/punitivo. Manutenção do montante arbitrado na sentença - R\$ 120.000,00. 5. Publicada decisão da ADIN 4.357. Declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" inserta no § 12º do art. 100 da CF. Inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei n.º 11.960/2009, que alterava os termos do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/1997. Efeitos extunc. Redação anterior restabelecida. Juros moratórios no percentual de 6% ao ano. Correção monetária das parcelas vencidas pelos índices do IGP-DI, INPC, TR e IPCA-E, conforme respectivo período. Legislação correspondente. Modulação dos efeitos. 6. Majoração dos honorários advocatícios fixados em favor dos procuradores da parte autora, em observância aos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73. DERAM PARCIAL PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº70069509024 Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/09/2016)

Nesse raciocínio, podemos verificar que tanto a atividade é perigosa que a legislação atinente faz diversas exigências, como o registro obrigatório da entidade, o controle e a fiscalização por parte do Estado e a observância dos procedimentos exigidos pelo Ministério da Saúde.

É oportuno ressaltar que o Código Civil, de 2002, inseriu essa espécie de responsabilidade civil, pelo risco da atividade, no parágrafo único de seu artigo 927, que preconiza:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme observamos pelo exposto acima, o tratamento com transfusões de sangue envolve riscos, os quais são reconhecidos pela ciência atual, pelos Conselhos de Medicina e pelas próprias agências governamentais que regulam a sua prática. Assim, legítima é a sua recusa, principalmente quando há tratamentos que podem evitar os riscos transfusionais.

Também por este prisma, devemos observar o que Marini (2012) escreveu sobre a tese de doutorado realizada pela médica Ludhimila Abrahão Hajjar. O estudo demonstrava que quando alguém precisava passar por uma cirurgia longa, entendia-se como comum o recebimento de uma transfusão de sangue. O objetivo era

compensar a perda sanguínea que ocorria durante o procedimento. As transfusões são muito comuns em cirurgias cardíacas como ponte de safena, troca de válvula e transplantes. Se a quantidade de hemoglobina (proteína responsável pelo transporte de oxigênio para os tecidos) cai a níveis inferiores a 10 gramas por decilitro (g/dL) de sangue, o cirurgião solicita uma transfusão, entretanto os médicos não se perguntavam de onde havia saído esse limite de 10g/dL.

Nesse sentido, a médica Ludhimila Abrahão Hajjar, decidiu investigar o procedimento supracitado em seu doutorado, orientado por José Otávio Auler Jr, na Universidade de São Paulo, onde constatou que as transfusões inferiores a 10 g/dL de sangue se justificam meramente pela tradição e não pelo embasamento científico. Essa tradição é antiga, em 1934, o americano John Lundy criou na Clínica Mayo o primeiro banco de sangue do mundo. Em 1942, ele propôs o limite de 10 g/dL baseado na observação de seus pacientes. Desde então, a recomendação vem passando de geração em geração.

Sobre tal aspecto, a Ludhimila Abrahão Hajjar preleciona que não é coerente a perpetuação da prática médica baseada em um relato de 1942. Para colocar a recomendação à prova, ela realizou um estudo com 512 pacientes do Instituto do Coração (InCor), em São Paulo. Eram doentes graves, com perfil semelhante (tinham diabetes, hipertensão, insuficiência cardíaca), que foram submetidos a cirurgias cardíacas.

Metade do grupo recebeu sangue quando o nível de hemoglobina caiu a 10 g/dL. A outra metade só passou pela transfusão quando o índice ficou abaixo de 7 g/dL. Ficou comprovado que os doentes que receberam menos sangue se recuperaram tão bem quanto os que receberam mais sangue. Uma segunda comparação realizada com pacientes graves que receberam sangue versus pacientes que não receberam sangue, por estar com índices entre 7 g/dL e 10 g/dL, revelou que a transfusão aumenta em 20% a taxa de mortalidade e de complicações clínicas a cada bolsa de sangue recebida. Em suma, firmou um entendimento de que quanto menos sangue se receber, melhor.

Além disso, o excesso de transfusões acarreta três graves problemas. O primeiro é o risco de que o sangue esteja infectado por bactérias ou vírus. Se o doador

estiver na janela imunológica² e possuir a enfermidade, poderá transmitir a doença pela transfusão sanguínea.

Nesse contexto, a respeito da "janela imunológica" e seus riscos de contaminação, merece ser ressaltado o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal, cuja transcrição segue abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PACIENTE IDOSA SUBMETIDA A CIRURGIA DE QUADRIL NO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA UNICAMP - COMPLICAÇÃO PÓS-CIRÚRGICA QUE DETERMINOU A NECESSIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE - CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV - LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNICAMP, ESTADO DE SÃO PAULO E UNIÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EXISTÊNCIA DE AÇÃO, NEXO DE CAUSALIDADE E DANO - SENTENÇA MANTIDA - AGRAVOS RETIDOS CONHECIDOS E REJEITADOS - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. 1. Preliminar de impossibilidade de antecipação da tutela na sentença afastada: as prestações mensais têm natureza alimentar e a demora acarretaria, ainda mais, o agravamento da situação da autora, com perdas irreparáveis à saúde, demonstrando, assim, a razoabilidade e adequação na concessão da antecipação dos efeitos da tutela deferida pela r. sentença (artigo 273, do CPC/73). 2. O Estado de São Paulo, no caso, é responsável solidário no atendimento à saúde, nos termos do artigo 196, da Constituição Federal. Agravo retido conhecido, mas desprovido. 3. A responsabilidade da União, por sua vez, é solidária, pois responsável pela prestação dos serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde (artigos 196, 200, § 1.º, da Constituição Federal). 4. À União cabe, ainda, a fiscalização dos procedimentos relativos à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, nos termos da Lei Federal n.º 10.205/2001. Precedentes. Agravo retido da União conhecido, porém desprovido. 5. Não houve julgamento extra o ultra petita: a União foi incluída no pólo passivo após denunciação à lide da Unicamp. Citada, contestou, tendo a sentença entendido pelo litisconsórcio passivo necessário. 6. Por outro lado, a previsão, pela r. sentença, de aplicação, por analogia, do artigo 1.699, do Código Civil, não se caracteriza como julgamento "ultra petita". A interpretação do princípio da congruência deve considerar o conjunto da postulação e o princípio da boa-fé. Tratando-se de verba alimentar, o juiz, tão-somente, pontuou que o valor poderá ser revisto, oportunamente, em caso de necessidade comprovada. 7. No mérito, a ocorrência do dano é incontroversa: a autora, ora apelada, idosa, foi submetida, em junho de 2008 a procedimento cirúrgico, no hospital da Unicamp, em decorrência de evidências de processo infeccioso ativo ao redor de sua prótese total de quadril (fls. 30). Complicações no pós-cirúrgico determinaram a necessidade de transfusão sanguínea, na qual veio a adquirir o vírus HIV. 8. O próprio hospital, ao constatar a transmissão do vírus, comunicou a autora (fls.) e alegou que ocorreu em "janela imunológica" (fls. 209). 9. A despeito da explicação da Universidade de que a contaminação ocorreu durante a "janela imunológica", a qual ressalte-se não há como ser comprovada de maneira irrefutável, a responsabilidade, no caso concreto, é objetiva, nos termos do artigo 37, da Constituição Federal, fundamentada pela teoria do risco administrativo. 10. Os corréus respondem pela simples

²Janela imunológica é a expressão usada para designar o período que um organismo leva, a partir de uma infecção, para produzir anticorpos que possam ser detectados por exames de sangue. A janela imunológica varia de acordo com o tipo de infecção e sensibilidade do teste utilizado para detectá-la.

existência de nexo causal entre a atividade administrativa e o dano sofrido. 11. O nexo de causalidade, portanto, está amplamente comprovado, pelos exames juntados, e o próprio documento citado, em que a Universidade convoca a paciente para informar-lhe sobre a soroconversão. 12. A respeito dos danos morais, a r. sentença fixou-os em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Levando-se em consideração as circunstâncias do caso, pela gravidade da enfermidade adquirida, bem como a razoabilidade, o caráter preventivo e repressivo-pedagógico para o seu causador, e a situação socioeconômica das partes, a referida indenização deve ser mantida. Precedentes do STJ. 13. Quanto aos danos materiais, o valor fixado pela r. sentença, de 3 (três) salários mínimos, deve ser mantido, por atender os requisitos legais e a necessidade da apelada (fls. 513). 14. Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, a teor da Súmula 54, do STJ. No entanto, pela proibição da "reformatio in pejus", considerando que a autora não recorreu, mantenho o termo a quo fixado pela r. sentença (a partir da citação). 15. A correção monetária incide desde o efetivo prejuízo, no caso dos danos materiais e, a partir do arbitramento, a teor da Súmula n.º 362, do STJ, no caso dos danos morais, e deve ser calculada com base no Manual de Cálculos da Justiça Federal. 16. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 5º, da Lei Federal nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, quanto à atualização monetária. 17. Portanto, a regra do artigo 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97 que vinculava o índice oficial da caderneta de poupança ao critério de correção monetária, não mais tem eficácia. 18. Deve-se observar, quanto à aplicação dos índices de correção monetária e juros de mora, os recentes julgamentos do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 870.947) e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em regime de repercussão geral (Resp n.º 1.495.146/MG). 19. A verba honorária, fixada pela r. sentença em R\$ 12.000,00 (doze mil reais) não é exorbitante, considerando-se a complexidade da ação e o valor da causa (R\$ 235.500,00 - fls. 12) e da condenação, e deve ser mantida, nos termos do artigo 20, §§ 3.º e 4.º, do CPC/73. 20. Agravos retidos improvidos. Matéria preliminar rejeitada. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF-3 – ApReeNec: 0005936-19.2011.4.03.6105 SP, Relator: JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, Data de Julgamento: 20/09/2018, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 Data: 28/09/2018).

Neste passo, importante assinalar que a responsabilidade da União, por sua vez, é solidária, pois é responsável pela prestação dos serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde (artigos 196, 200, § 1.º, da Constituição Federal). À União cabe, ainda, a fiscalização dos procedimentos relativos à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, nos termos da Lei Federal n.º 10.205/2001.

O entendimento jurisprudencial caminha para validar essa mesma tese, de acordo com a ementa descrita:

Irrepreensível a propositura da presente demanda em face da UNIÃO FEDERAL tendo em vista que o autor foi submetido a transfusões de sangue em estabelecimentos de saúde sujeitos à fiscalização sanitária do Ministério da Saúde. A responsabilidade pela fiscalização e controle da saúde pública - incluída a qualidade dos hemoderivados - é exclusiva do Poder Público, o que se extrai da Constituição Federal, artigos 23, II; 196, 197, 200, I, e também da legislação pertinente - Lei nº 10.205/2001, que revogou a Lei nº 4.701/1965 - que atribui ao Ministério da Saúde à elaboração e fiscalização

de normas técnicas disciplinadoras das atividades hemoterápicas. Precedentes do STJ: REsp 768574 RJ 2005/0120718-1, SEGUNDA TURMA, Relator Ministro CASTRO MEIRA, j. 20/03/2007, DJ 29.03.2007; e do TRF3: AC 0004078-02.2001.4.03.6105/SP, TERCEIRA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, j. 4/7/2013, e-DJF3 15/7/2013; AC: 27679 SP 2001.03.99.027679-1, QUARTA TURMA, Relatora JUIZA ALDA BASTO, j. 18/10/2006, DJU 11/10/2007.

O segundo problema está relacionado aos custos, considerando que o sangue é um artigo de valor exorbitante e precioso. No círculo de profissionais que tratam com derivados do sangue, o plasma é conhecido como “ouro líquido”. Existe uma interessante comparação entre o sangue e o petróleo. Ambos são fracionados em vários subprodutos. Onde o mercado anual de petróleo é de 500 bilhões de dólares. O preço do barril bruto de petróleo é de U\$ 25,00 (vinte e cinco dólares). O valor dos derivados contidos num barril é de U\$ 45,00 (quarenta e cinco dólares). Em contrapartida, o mercado anual de plasma embora seja bem inferior (vinte bilhões de dólares), deve ser levado em consideração que o preço de um barril de plasma bruto é de U\$16.000,00 (dezesesseis mil dólares). O valor dos hemoderivados contidos num barril é de U\$ 70.000,00 (setenta mil dólares). Desta forma, por comparação é possível notar que o sangue vale muito mais do que o petróleo. (SEGATTO, 2011)

Posta assim a questão, é imperioso mencionar o artigo 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal que preconiza:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

No Brasil, a Lei 10.205/01 regulamenta o § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades.

Convém ressaltar que a lei supracitada, no artigo 14, incisos de I ao IV, determina que o sangue doado seja para atendimento da população, oriundo de doação voluntária, não remunerada e proíbe a comercialização, conforme indicado abaixo:

Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
I - universalização do atendimento à população;

- II - utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social;
- III - proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue;
- IV - proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

Entretanto, é autorizado à cobrança de taxas de custeio para a realização de testes no sangue, conforme aduz o artigo 14, inciso V:

- V - permissão de remuneração dos custos dos insumos, reagentes, materiais descartáveis e da mão-de-obra especializada, inclusive honorários médicos, na forma do regulamento desta Lei e das Normas Técnicas do Ministério da Saúde;

Portanto, a legislação brasileira impõe que todo o sangue doado deve ser testado para uma série de doenças antes de ser disponibilizado para o uso, o que é feito em hemocentros, geralmente públicos. No caso do uso do sangue pelo Sistema Único de Saúde (SUS), esses custos são de responsabilidade do poder público. Em consonância com o exposto, a Portaria nº. 1.737, de 19 de agosto de 2004, dispõe sobre o fornecimento de sangue e hemocomponentes no Sistema Único de Saúde – SUS e o ressarcimento de seus custos operacionais. Os hemocentros indicam que esse ressarcimento engloba os custos relacionados à coleta, testes, sorologia, armazenagem e transporte, separação e preparo dos hemocomponentes. Além de todos os insumos utilizados, tais como: reagentes, materiais descartáveis, mão de obra de enfermeiros e honorários médicos.

Em contrapartida, a Portaria 1.469 de 10 de julho de 2006, dispõe sobre a tabela de referência para fins de ressarcimento dos custos operacionais de sangue e hemocomponentes quando houver fornecimento às instituições privadas, ou seja, aos não-usuários do SUS.

Pertinente frisar que o Poder Público que deveria fiscalizar e impedir os valores astronômicos que recaem sobre uma bolsa de sangue, acabou se tornando conivente ao aprovar Portarias que permitem o ressarcimento dos custos operacionais. Entretanto, não fiscaliza de forma cabal e efetiva os hemocentros para verificar se estão cumprindo com a tabela de referência para o ressarcimento entre serviços de hemoterapia SUS/instituições privadas de saúde, conforme prevê a Portaria nº 1.737/GM, de 19 de agosto de 2004.

O terceiro problema é a falta de doadores. No Brasil, 1,8% da população doa sangue, número que está dentro dos parâmetros, de pelo menos 1%. A taxa,

entretanto, está longe da meta da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 3% da população doadora. Sangue é um artigo raro, que não deve ser desperdiçado.

Por seu turno, cumpre assinalar o entendimento do ilustre Aryeh Shander, professor da Escola de Medicina Mount Sinai, em Nova York, em 2009, que defendeu a busca de alternativas num artigo publicado na revista científica *Critical Care Clinics*:

A crença que transfusão de sangue é um meio rápido e fácil de melhorar a condição do paciente e acelerar sua recuperação é mantida por muitos. Entretanto, encarando mais e mais evidências da falta de segurança e eficácia das transfusões de sangue, está se tornando mais claro que estas crenças são amplamente sem substância e carregadas de mitos.

Nos últimos anos, a busca de alternativas para reduzir a necessidade de transfusões sanguíneas tornou-se um dos assuntos mais relevantes da ciência médica. Muitas das pesquisas foram estimuladas por doentes que se recusavam a receber sangue por razões religiosas. É o caso das Testemunhas de Jeová. Ao observar como o organismo dessas pessoas se comportava sem receber transfusões, os médicos puderam testar novos limites e encontrar saídas para uma questão que extrapola as crenças religiosas e que é de interesse de toda a sociedade.

Nesse contexto, é oportuno recordar o evento realizado na Universidade de Pádua, em 24 de novembro de 2017, com diversos profissionais da área médica, bioética e jurídica, todos reunidos para a Conferência histórica sobre medicina sem sangue. O tema da conferência era: “A recusa de transfusão de sangue por pacientes adultos: Quais são as opções de tratamento? — Preservar o Sangue 2017.” A conferência foi patrocinada pelo Ministério da Saúde da Itália e por mais de 25 sociedades e associações científicas italianas.

São comuns as transfusões de sangue serem consideradas inofensivas e a única opção de tratamento para salvar a vida de pacientes que passam por um procedimento médico ou cirúrgico complexo. Mas muitos palestrantes da conferência disseram que não concordam com esse ponto de vista. Um deles, o Dr. Luca P. Weltert, cirurgião cardiotorácico do Hospital Europeu, em Roma, declarou: “Vimos hoje que as transfusões podem ser prejudiciais e em muitos casos não são necessárias.”

O Dr. Luca e outros médicos presentes chegaram a essa conclusão com base em sua experiência clínica e em estudos científicos que comprovam que pacientes que recebem transfusão de sangue têm mais chance de morrer e de contrair doenças, além do maior tempo de internação e outros riscos sérios à saúde.

Essas evidências científicas e o alto custo das transfusões de sangue motivaram a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2010, a reconhecer a importância de criar um programa de gerenciamento do sangue do paciente (PBM, sigla em inglês). Esse gerenciamento é uma estratégia clínica que inclui todas as áreas médicas e se concentra na saúde e segurança do paciente, em melhorar os resultados de cirurgias e em reduzir consideravelmente as transfusões de sangue. A OMS publicou uma resolução pedindo que todos os 193 países-membros das Nações Unidas colocassem em prática essa estratégia.

A professora universitária Stefania Vaglio, responsável pela medicina transfusional do Hospital Universitário Sant'Andrea, em Roma, destacou a nova visão que os médicos estão tendo sobre o PBM e disse que antes os tratamentos dependiam do manuseio e uso de sangue doado, mas agora “o foco mudou completamente para o sangue do próprio paciente em vez do sangue doado”. Um dos objetivos do PBM é “diminuir a perda de sangue por colocar o paciente no centro do processo, concentrando esforços e fazendo o que for preciso para preservar o sangue do paciente”. A professora Stefania esclareceu também que as técnicas médicas para preservar o sangue do paciente “resultam num tratamento de melhor qualidade”.

O Dr. Tommaso Campagnaro, cirurgião-geral do Hospital Universitário de Verona, reconheceu os benefícios de usar estratégias para evitar transfusões de sangue. Depois de fazer uma análise dos dados obtidos desde o final da década de 90 envolvendo pacientes que passaram por cirurgias abdominais complexas, ele concluiu: “Os pacientes que não receberam transfusões de sangue tiveram menos complicações, e a taxa de mortalidade foi menor em comparação com os que receberam transfusão.”

O Dr. Tommaso e vários outros palestrantes agradeceram publicamente às Testemunhas de Jeová por ajudarem os médicos a desenvolver alternativas às transfusões de sangue. Anna Aprile, professora associada de direito médico da Universidade de Pádua, disse: “Agradecemos às Testemunhas de Jeová por terem levantado a questão do direito de recusar transfusões, ajudando a todos a refletir sobre esse assunto e a encarar o desafio de usar menos sangue.”

Em suma, em vez de considerar um paciente que é Testemunha de Jeová como um problema, é cada vez maior o número de médicos que aceitam a situação como um desafio médico. Ao adotarem essa atitude, desenvolvem um método de tratamento

para esse grupo de pacientes que é aceito em diversos centros médicos do mundo. Destarte, tanto o paciente como o médico ficam unidos em enfrentar este desafio sem precedentes, ao mesmo tempo em que esses médicos estão oferecendo uma assistência que visa o bem geral do paciente.

4.5. TRATAMENTOS MÉDICOS ISENTOS DE HEMOCOMPONENTES

Diante dos perigos transfusionais e dos grandes avanços da Medicina, bem como a disponibilização destes para a população em geral, a terapia transfusional não pode ser considerada como o único meio de que pode se valer o médico para tratar um paciente. Existem outras técnicas, procedimentos e tratamentos isentos de transfusões de sangue que atingem o mesmo resultado.

Existem atualmente diversas formas em que uma equipe médica pode minimizar ou evitar a realização de hemotransfusão pelo uso sistemático de diversas técnicas de gerenciamento e de conservação do sangue, tais como combinações adequadas de medicação, instrumentos tecnológicos, técnicas clínicas e cirúrgicas. Assim, do fato de existir mais de um tratamento em substituição à transfusão de sangue conclui-se que esse procedimento não é o único modo de tratar e até mesmo salvar a vida de um paciente.

A conjugação de fatores, tais como riscos transfusionais, avanços da medicina não transfusional, imprecisão na indicação de uma hemotransfusão e a preocupação com o paciente como ser humano, como sujeito de direitos e cujos desejos devem ser respeitados, têm levado muitas equipes médicas a tratar o paciente, ainda que em situações críticas e emergenciais, sem a utilização de transfusões de sangue. Além disso, tem se tornado cada vez mais comum em muitos centros médicos, devido aos baixos estoques nas unidades hemoterápicas, a falta de sangue doado, chegando ao ponto de cirurgias serem canceladas por este motivo.

Podemos citar como referência, o Dr. Denton Cooley³, pioneiro em cirurgia cardiovascular, este operou pacientes Testemunhas de Jeová que embora procurem tratamento médico e cirúrgico de qualidade não aceitam transfusões de sangue

³ Em vídeo fornecido pela cliente: Estratégias Alternativas à Transfusão: Simples, Seguras e Eficazes, 2002. Ele realizou a primeira cirurgia de coração aberto, sem sangue, no dia 16 de maio de 1962, em uma Testemunha de Jeová.

alogênico. Em 1977 foi publicado um relatório sobre seus 20 anos de experiência com uma série de 542 cirurgias cardiovasculares sem transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Esse relatório mencionava riscos baixos e aceitáveis. Essas operações realizaram-se em pacientes de um dia de vida até e 89 anos de idade.

Ao seu turno, o Dr. Craig Kitchens publicou um estudo envolvendo cirurgias em 1.404 Testemunhas de Jeova (sem o uso de transfusões de sangue), relatando:

Os conceitos religiosos do paciente não foram violados pela transfusão, e o tratamento de menores não foi ofuscado por mandados judiciais ou por algo semelhante. Além do número baixo de mortes registradas nestes relatórios, não houve aumento de derrames, infartos do miocárdio, insuficiência renal aguda, infecções pós-operatórias, demora de cicatrização das feridas [cirúrgicas], ou de outras moléstias em pacientes Testemunhas de Jeová, em comparação com outros pacientes... O mais importante é que 20% dos 1.404 pacientes [281], evitaram, sem o saber, algumas complicações por evitarem a transfusão.⁴

No 20º Congresso Nacional de Cirurgia Cardíaca (realizado em 1993), o Dr. Sergio Almeida de Oliveira⁵ (com base na realização de 91 procedimentos cirúrgicos cardiovasculares em Testemunhas de Jeová que variavam dos 6 meses de idade aos 74 anos), declarou que muitos pacientes Testemunhas de Jeová podem ser submetidos a cirurgia cardíaca sem uso de sangue ou derivados, com boa margem de segurança.

O Dr. Richard K. Spence⁶ é um dos pioneiros em estratégias alternativas da transfusão e diz que os médicos, inclusive ele, aprenderam muito com as Testemunhas de Jeová nos estágios iniciais da medicina e na cirurgia sem sangue que beneficiou os outros pacientes. As Testemunhas de Jeová não são diferentes de outros pacientes. Esse benefício em outros pacientes foi muito acatado por todos, de modo que hoje o campo é de preservação de sangue e inclui múltiplas alternativas para evitar transfundir sangue de outra pessoa no paciente.

Os especialistas também mencionam seu desejo de evitar riscos médicos relacionados a transfusão de sangue alogênico. No caso de um sangue doado em um banco de sangue, seja uma unidade alogênica ou uma doação autóloga pré-operatória, sempre há risco de erro administrativo, incompatibilidade ABO e reação

⁴ Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Compêndio: Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová – Aspectos Éticos/Legais, p. 22.

⁵ Idem, p. 21

⁶ Director of Surgical Education, Birmingham, Alabama, U.S.A. e professor de cirurgia e chefe de departamento de cirurgia vascular em Camden, Nova Jersey, E.U.A. Artigo: The Status of Bloodless Surgery, in Transfusion Medicine Reviews, vol. V, nº 4, outubro de 1991, pp. 274–86 at 284.

hemolítica pós-transfusional fatal. E, ainda, os efeitos colaterais incluem não só a transmissão de doenças virais conhecidas como HIV e Hepatite B e C, como também, a de novos vírus comuns na população doadora. Também doenças parasitárias são cada vez mais transmitidas por transfusão de sangue.

Deve-se salientar, nesse propósito, que o tratamento médico sem a transfusão de sangue tem sido difundido no mundo e encontra-se em pleno e franco desenvolvimento. Há muitos relatos de pacientes tratados sem transfusão para uma variedade de problemas médicos e cirúrgicos, mostrando que evitar o uso de sangue alogênico é seguro e eficaz.

A Dra. Zelita S. Souza⁷, professora de hematologia e sua equipe brasileira, realizaram um trabalho em que chegam à seguinte conclusão: Existem muitas estratégias para o tratamento médico das Testemunhas de Jeová, sem transfusão de sangue, já que elas aceitam tratamentos alternativos.

Assim, tem-se verificado que tratar pacientes sem o uso de transfusão sanguínea é uma realidade. Há vários relatos médicos bem-sucedidos no tratamento de diversas enfermidades, bem como na realização de grandes cirurgias, que atestam essa realidade. Existem muitos outros relatos, tais como transplantes de fígado, cirurgias cardíacas, cirurgias ginecológicas, prostatectomias, traumas, entre outros, que demonstram que a Medicina tem se preocupado em tratar pacientes Testemunhas de Jeová sem o uso da terapia transfusional.

Médicos peritos podem ajudar a pessoa que perdeu sangue e que, assim, dispõe de menos glóbulos vermelhos. Uma vez restaurado o volume do plasma, os médicos podem administrar oxigênio em alta concentração. Isto o torna disponível em maior quantidade para o corpo, e muitas vezes, tem dado notáveis resultados. Os médicos ingleses usaram isto com uma senhora que tinha perdido tanto sangue que “sua taxa de hemoglobina caiu para 1,8 g/Dl. Ela foi tratada com êxito com elevada inspiração de oxigênio concentrado e transfusões de grandes volumes de solução coloidal de gelatina [Haemaccel]”. (ANAESTHESIA, 1987).

Outro método que os médicos também podem ajudar seus pacientes a formar mais glóbulos vermelhos, por lhe darem concentrados de ferro (no músculo ou na veia), que podem ajudar o corpo a produzir glóbulos vermelhos três a quatro vezes

⁷ Successfully Treating Jehovah's Witnesses Without Homologous Blood, in Revista Paulista de Medicina, vol. 10 set/out, 1992, TM 17, Brasil.

mais rápido do que o normal. Recentemente, outra ajuda tornou-se disponível. Os nossos rins produzem um hormônio chamado eritropoietina (EPO), que estimula a medula óssea a produzir hemácias. Acha-se agora disponível a EPO sintética. Os médicos podem ministrá-la a alguns pacientes anêmicos, ajudando-os assim a produzir mais rapidamente os glóbulos vermelhos de reposição. (HÖRL, 2002)

Mesmo no decorrer de uma cirurgia, cirurgiões e anestesiólogos peritos podem ser de ajuda por empregar métodos avançados de conservação de sangue, como por exemplo, uso de técnicas operatórias meticolosas, tais como bisturi elétrico para minimizar a hemorragia, quando possível aspirar e filtrar o sangue que flua em um ferimento, repondo-o depois em circulação, resfriar um paciente, para reduzir suas necessidades de oxigênio durante a cirurgia, a anestesia hipotensiva, a terapia para melhorar a coagulação sanguínea, a desmopressina (sigla em inglês DDAVP) para abreviar o sangramento, os bisturis a laser. (ESCHBACH, 2005)

Nesse ínterim, os princípios gerais do tratamento médico sem uso de transfusão de sangue podem ser assim elencados:

- 1- Formular um plano de tratamento para evitar e controlar perdas sanguíneas, feitas sob medida para o tratamento clínico individualizado de pacientes, incluindo procedimentos antecipados.
- 2- Empregar um enfoque de tratamento multidisciplinar para conservação do sangue usando uma combinação de intervenções.
- 3- O chefe clínico precisará adotar uma conduta pró-ativa: antecipando e estando preparado para enfrentar possíveis complicações.
- 4- Investigar e tratar prontamente a anemia, preferivelmente no pré-operatório.
- 5- No caso de pacientes com sangramento ativo, que recusam transfusões de sangue alogênico, não deve protelar uma intervenção decisiva, incluindo a cirurgia. Em geral, no caso de paciente com sangramento evite a ideia de observar e esperar.
- 6- Exercendo um bom senso clínico, estar preparado para mudar a prática rotineira quando apropriado.
- 7- Se houver uma deterioração fisiológica ou se surgiram complicações, consultar prontamente especialista com experiência em conservação de sangue, de preferência, logo no estágio inicial.
- 8- Se necessário, transferir para um centro maior um paciente estável, antes que o estágio dele piore.
- 9- Restringir a coleta de sangue para exames laboratoriais.
- 10- Diminuir ou evitar o uso de Perioperatório de agentes anticoagulantes e antiplaquetários.
- 11- Nas emergências, estabelecer previamente um plano de conduta para a localização rápida e suspensão de hemorragia, bem como para a transferência para um centro adequado. (GOODNOUGH, SHANDER, SPENCE, 2008)

Não podemos também deixar de salientar o posicionamento de alguns profissionais da área médica:

A estratégia de evitar transfusões de sangue, muitas vezes chamada de 'cirurgia sem sangue', não deveria se restringir às TJs [Testemunhas de Jeová], mas sim tornar-se uma parte essencial da prática cirúrgica comum, ao passo que surgem mais provas dos efeitos adversos das transfusões de sangue.

— Bhaskar B, et al. Comparison of outcome in Jehovah's Witness patients in cardiac surgery: an Australian experience. *Heart, Lung Circ* 2010;19(11):655-9.

As estratégias mais eficazes de conservação do sangue ainda são as mais simples e possivelmente menos custosas.

— Tinmouth AT, et al. Blood conservation strategies to reduce the need for red blood cell transfusion in critically ill patients. *CMAJ* 2008; 178(1):49-57.

O gerenciamento do sangue do paciente é hoje uma realidade e precisa ser implementado em nossos hospitais. Não podemos ignorar as evidências médicas, fisiológicas, éticas, jurídicas e econômicas. — Thomson A, et al. Patient blood management—a new paradigm for transfusion medicine? *Int Soc Blood Transfus Sci Ser* 2009; 4 (2):423-35.

A experiência com as Testemunhas de Jeová demonstra que quando um compromisso é feito para evitar transfusão de sangue, o esforço é bem-sucedido na vasta maioria dos casos. Desse modo, quando essas Testemunhas recusam transfusões de sangue, não estão rejeitando todos os tratamentos médicos, nem exercendo direito de morrer. Querem, apenas, escolher um tratamento sem transfusão sanguínea.

5. ANÁLISE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, ESTATUTO DO IDOSO E LEI DE TRANSPLANTES

Inicialmente, é necessária uma análise aprofundada do artigo 15 do Código Civil, que está mais diretamente atrelado ao tema que versa sobre a autonomia do paciente. O supramencionado artigo dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Não restam dúvidas que o referido artigo é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, pois o texto é nítido em respeitar a negação do paciente frente a um tratamento médico, principalmente se este apresentar risco à sua saúde ou à sua vida.

Neste sentido, iremos mencionar as palavras do professor Sílvio Rodrigues (2002, pp.71 e 72) ao discorrer que:

A regra do artigo 15, em foco, que, sob o ângulo do paciente se situa no campo dos direitos da personalidade e no campo da responsabilidade civil, constitui um mandamento ao médico para que nos casos graves não atue sem expressa autorização do paciente. Ele assegura a pessoa humana à prerrogativa de recusa a submeter-se a um tratamento perigoso, se assim lhe aprouver.

Além disso, convém salientar que Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 210) acentua que esse artigo 15:

Traz toda uma gigantesca problemática sobre a Ética Médica, o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos. Levando em conta que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, sempre haverá, em tese, necessidade de autorização do paciente ou de alguém por ele.

A regra desse artigo 15 obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem previa autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vale ressaltar, in casu, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a ser observado, para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes (GONÇALVES, 2003).

Conforme abordado, o paciente tem o direito de escolher o tratamento que receberá, o meio que poderá ser expresso é através do consentimento informado.

Como foi destacada, a terapia transfusional é um tratamento que comportava vários riscos atuais ou tardios. Diante disso, é direito do paciente recusá-la, sendo que

a não observância desse preceito gerará ainda responsabilidade civil do médico pelo que se extrai do artigo em exame.

É oportuno suscitar que a jurisprudência pátria caminha para validar essa mesma tese relacionada aos riscos que a terapia transfusional pode acarretar de acordo com as ementas descritas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FALECIMENTO DE PACIENTE QUE FOI CONTAMINADO PELO VÍRUS HIV EM TRANSFUSÃO DE SANGUE REALIZADO EM HOSPITAL DA UNIÃO FEDERAL. IRRESIGNAÇÃO DA UNIÃO QUANTO AO VALOR INDENIZATÓRIO. RECURSO ESPECIAL DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO QUANTO A PRETENSÃO DE REDUZIR A INDENIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. AGRAVO INTERNO DA UNIÃO DESPROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Reparação de Danos ajuizada por MANOEL SANTIAGO PEREIRA e SEVERINA ANTONIA PEREIRA em face da UNIÃO e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando o ressarcimento pelos danos ocasionados pela contaminação de seu filho com o vírus da AIDS por transfusão sanguínea nas dependências do Hospital da Lagoa, integrante da Unidade Federal. Fato este que resultou no seu falecimento, aos 11 anos de idade. 2. O Tribunal Regional Federal da 2a. Região condenou o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a UNIÃO a indenizarem os Autores por danos morais e materiais decorrentes da contaminação de seu filho pelo vírus HIV e sua superveniente morte em decorrência da AIDS, ficando o valor da indenização devida a título de danos morais fixada em 400 salários mínimos, tal como requerido, devendo os danos materiais ser comprovados em sede de liquidação do julgado. 3. Irresignada, apenas a UNIÃO defende que o acórdão regional deixou de aplicar os parâmetros jurisprudenciais vigentes em relação aos valores de danos morais, razão pela qual requer a redução do quantum indenizatório. 4. Entretanto, consoante se depreende dos autos, e conforme consignado da decisão recorrida, a Agravante deixou de indicar expressamente quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão de origem, bem como deixou de demonstrar eventual divergência jurisprudencial acerca do tema. 5. Desse modo, o Apelo Nobre encontra-se deficientemente fundamentado em relação à pretensão de reduzir o valor da indenização, sendo incompreensível a controvérsia e impositiva a aplicação do óbice previsto na Súmula 284/STF. 6. Ademais, a quantificação do dano moral deve adequar-se às circunstâncias do caso sob exame, pautando-se pela razoabilidade, pelo caráter preventivo e repressivo-pedagógico para o seu causador, de modo a evitar que represente uma nova ofensa à vítima, e levando em consideração a situação socioeconômica das partes. 7. Agravo Interno da UNIÃO desprovido. (STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1176700 RJ 2010/0012853-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 06/06/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2017)

Indenizatória por danos morais. Autores, esposo e filha da paciente que teria sido infectada pelo vírus do HIV ao se sujeitar a transfusões de sangue fornecido pelo 1º apelado, nas dependências do 2º. Sentença de improcedência à mímica de comprovação pelos autores dos fatos constitutivos do seu direito - art. 373, I do CPC. Apelação. Laudo pericial conclusivo quanto à inexistência de testes, descrição de sintomatologia de infecção aguda, histórico de transfusão prévia ou outro capaz de motivar a infecção antes da internação no Hospital Casa de Saúde São José - ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO DE SANTA CATARINA, tanto mais quando identificado pelo Banco de Sangue doador que um dos doadores, após nova análise, teve resultado positivo para HIV. Médica infectologista que informou

tratar-se de uma infecção recente, com carga viral alta, motivo pelo qual concluiu pela infecção a partir da transfusão feita no dia 08 de março de 2010. Certo o evento e a ele filiada à contaminação da enferma, indubitável a obrigação dos réus de compor o dano daí resultante, omissos em observar a denominada 'janela imunológica', própria do vírus HIV, em conformidade com a técnica médica, certo que nem o hospital, nem o Serviço de Hemoterapia se desincumbiram do ônus de demonstrar qualquer intercorrência que pudesse evidenciar o rompimento do nexo de causalidade reconhecido, especialmente quanto ao bom estado de saúde dos doadores. Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça. Danos morais. Situação vivenciada pelos autores que ultrapassa o mero dissabor e desconforto, mas retrata clara perturbação emocional, geradora de angústia, ansiedade e aflição intensas. Quantum indenizatório. Consideradas as peculiaridades do caso, exige-se adequada e proporcional a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), metade para cada um dos autores. Juros de mora e correção monetária. Juros de mora contados da citação, em conformidade ao disposto no artigo 405 do Código Civil, contratual que se exhibe a responsabilidade. Correção monetária a partir da data deste decidido. Honorários sucumbenciais e recursais de 15% sobre o valor da condenação. Recurso provido. (TJ-RJ – APL: 0285235-60.2011.8.19.0001 Rio de Janeiro Capital 42 Vara Cível, Relator: Mauricio Caldas Lopes, Data de Julgamento: 30/05/2018, Décima Oitava Câmara Cível)

Convém analisar que os direitos da personalidade estão positivados no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, que preconiza: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Esses direitos estão sistematizados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Neste passo, o artigo 11 do Código Civil Brasileiro que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Alguns sustentam a ideia de que o médico pode desconsiderar a vontade do paciente nas hipóteses de “iminente perigo de vida” ou quando o paciente simplesmente esteve em estado de inconsciência.

Ocorre que os direitos da personalidade são originários ou inatos, isto é, não dependem da existência de formalidades externas. Tem tal característica porque são projeções da dignidade da pessoa humana, a qual também não está condicionada a nenhum fator externo, bastando ser humano. Em outras palavras, a enfermidade do paciente, por mais grave que seja, não lhe retira o status de ser humano e, conseqüentemente, sua autonomia para agir com dignidade.

O paciente, independentemente de seu estado clínico, é sujeito de direito, tendo, modernamente, os seres humanos igualdade de direitos e deveres, não podendo ser discriminados em razão de idade, raça, sexo, cor, estado de saúde, nacionalidade ou religião.

Diante disso, a autonomia do paciente deve ser preservada ainda que sua enfermidade crie uma situação emergencial. Quando as emergências ou urgências não retiram a capacidade para decidir, os médicos devem continuar respeitando a autonomia do paciente. Ressalte-se que o próprio art. 15 do Código Civil, não prevê exceção ao consentimento do paciente. Logo, a recusa de transfusão de sangue, terapia de riscos, deve ser respeitada, independentemente do estado clínico do paciente.

Por tudo isso, afirma com muita razão, o artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, sem exceção e independente de estar em uma situação emergencial ou não ou em iminente perigo de vida sob o prisma do profissional de saúde que está lhe prestando o atendimento.

A autonomia da vontade do paciente vem reconhecida e prestigiada amplamente na legislação infraconstitucional brasileira, além do Código Civil, encontramos disposições, por exemplo, no Estatuto do Idoso e na Lei de Transplantes.

No Estatuto do Idoso, editado pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, destaca-se, em seu artigo 17, que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais e assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

Esse artigo destaca que o paciente idoso estará apto a manifestar sua vontade optando pelo tratamento de saúde, que entender mais favorável, depois de devidamente aconselhado pelo médico. Note-se que o caput do art. 17 não faz menção ao estado clínico do paciente, ou seja, se seu estado é grave ou não. Assim, estando o paciente em domínio de suas faculdades mentais, é o paciente idoso quem deverá decidir qual o tipo de tratamento médico que receberá, estando em uma situação emergencial ou não. Essa é a situação normal de atuação da vontade do idoso, que exerce, ele mesmo, a referida opção.

Todavia, o parágrafo único do art. 17, aduz:

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I - pelo curador, quando o idoso for interditado;

II - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV - pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Esse parágrafo admite, portanto, que nessa condição de incapacidade do idoso, possa exercer sua vontade, representando-o, seu curador ou seus familiares, nas situações previstas nos incisos I e II. Sendo somente admissível a intervenção do médico, se faltarem as duas representações citadas, se houver iminente risco de vida e não houver condições de o médico manter contato com o curador ou familiar.

Destarte é necessário cercar de cuidados o idoso, com documentos identificadores e mensagens escritas a eventuais médicos a respeito de suas escolhas quanto a tratamento médico, devendo estar sempre assistido de atenção dos familiares. Dessa forma, ainda que o paciente idoso esteja em iminente perigo de vida, se manifestou sua vontade previamente, as suas determinações ainda devem ser respeitadas. As decisões somente serão atribuídas aos médicos se, além da impossibilidade para decidir, não se sabe qual é a vontade do paciente e não foi possível contatar seus familiares. Por questão óbvia, o médico pode decidir e agir.

O Estatuto do Idoso, ainda, em seu artigo 10, estabelece como obrigação do Estado e da sociedade, a de assegurar a pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis políticos, individuais e sociais, conforme garantidos na legislação, especialmente constitucional.

No âmbito do direito a liberdade (§1º), entre outros direitos, preserva-se a crença e o culto religioso (inciso III). Também deve ser respeitada a integridade física, psíquica e moral, preservando-se, entre outros direitos, o da autonomia, valores, ideias e crenças (§ 2º). Por outro lado, todos devem zelar pela dignidade do idoso, protegendo-o de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (§ 3º).

Levando em consideração, nesse ponto, a possibilidade de procedimento de transfusão de sangue em idoso, contra sua vontade, principalmente se este for Testemunha de Jeová, a violação perpetra-se em ofensa também ao preceituado no artigo 10, em foco.

Na Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, o artigo 10, assevera que “O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”.

Podemos constatar que mais uma vez, a legislação prestigia a autonomia da vontade e o consentimento informado, ressaltando a importância do direito da personalidade e a dignidade da pessoa do paciente. O sujeito de direito é o paciente que deve manifestar-se, por si ou por seus representantes legais. Tanto é verdade que o parágrafo primeiro, do supracitado artigo, admite que:

Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

O poder da vontade do receptor é tão grande que ele pode recusar o transplante, como também a transfusão de sangue. Alias, sabe-se que, tecnicamente, a transfusão de sangue também considerada uma forma de transplante, uma vez que o sangue se constitui em tecido líquido.

Pelo exposto, percebe-se que o consentimento informado está claramente disposto em nosso ordenamento jurídico. No Estatuto do Idoso e na Lei de Transplantes, o instituto já está expressamente positivado, em contrapartida, o Código Civil, apesar de não mencionar expressamente o direito do paciente de optar pelos tratamentos possíveis, prescreve, de modo inequívoco, a impossibilidade de se constranger o paciente a tratamento ou intervenção cirúrgica que não tenha consentido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs, como objetivo geral, analisar os motivos que impulsionam a recusa por tratamentos hemotransfusionais por pacientes Testemunhas de Jeová sob o prisma da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a liberdade religiosa tutelada pela Constituição Federal e verificar a evolução da ética-médica ao migrar de um modelo paternalista para um modelo fundado na autonomia do paciente, baseado na anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que implique sua integridade.

O antigo filósofo grego Heráclito disse: “A única coisa permanente são as mudanças.” Mudanças são uma constante na vida de todos nós. Recordando os últimos cinco ou dez anos, vimos diversas mudanças positivas e negativas na ciência, na política, na sociedade e em outros campos. Com o Direito e com a Medicina não foi diferente, sendo que passaram e ainda passam por mudanças com incrível dinamismo. Basta pensarmos, por exemplo, nas mudanças relativas aos direitos do paciente, em especial quanto à escolha de tratamento médico. No momento em que tanto se fala em direitos humanos e bioética e diante do amadurecimento atual de nosso ordenamento jurídico, cada vez mais são indiscutíveis os direitos de receber um tratamento médico qualificado e personalizado e visando acima de tudo a preservação da autodeterminação do enfermo.

Pudemos vislumbrar nesse estudo a existência de alternativas para tratamento, pois as transfusões de sangue podem ser evitadas por se adotar estratégias otimizadas para controlar a perda de sangue, gerenciar o sangue autólogo, aumentar a hematopoese e maximizar a tolerância à anemia. Pode-se conseguir isso por meio de uma combinação apropriada de técnicas médicas e cirúrgicas para a conservação de sangue, aparelhos e fármacos. Equipes interdisciplinares que fazem uso planejado e sistemático de várias opções terapêuticas às transfusões de sangue conseguem evitar a transfusão de sangue alogênico de modo simples, seguro e eficaz.

Por tudo que fora abordado no transcorrer desse estudo, verificamos que imposição feita pelo Estado a realizar determinado ato com o qual uma pessoa não compactua, representaria manifesto totalitarismo, estabelecendo uma desvirtuada ditadura de valores.

Neste esboço, insta mencionar que quando se obriga alguém a se submeter à transfusão de sangue, além de ser ato atentatório às suas convicções religiosas e dignidade, configura-se violação ao próprio Estado Democrático de Direito, isso porque, decisões judiciais ou portarias que obriguem um praticante da religião Testemunha de Jeová a se submeter à transfusão de sangue não admitem a autodeterminação, o direito de ser diferente.

Portanto, percebe-se que a recusa de transfusão de sangue constitui direito constitucional inerente à sua autonomia pessoal, trata-se de direito personalíssimo que permite ao paciente o sopesamento dos riscos e sofrimentos que lhe trará o tratamento médico. Pois o médico, no afã de proteger a saúde do enfermo, não pode chegar ao ponto de violar sua vontade, isso porque o melhor interesse do paciente não pode ser buscado tão somente na ciência médica (objetiva), mas deve ser encontrado também na crença e ideologia do mesmo.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant**. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 54.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In MARTINS-COSTA, Judith e MOLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pp. 73/93.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In Martins – Costa Judith e Moller Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 423/445.
- AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A QUESTÃO DO SANGUE**, ed. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, SP, 1977.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil Comentado, das Pessoas e dos Bens**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 60.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer divulgado pela Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. São Paulo, 08 de fevereiro de 2010, p. 39-41
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito, in Barboza, Heloisa Helena; Meirelles, Jussara M. L. de; Barreto, Vicente de Paulo (orgs). **Novos Temas de Biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 49/81.
- BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Op. cit., p. 26-27.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Lei Nº 10.205**, de 21 de março de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10205.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 17 ago. de 2018.

_____. **Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Decreto legislativo nº 311, de 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>> Acesso em 17 ago. de 2018.

_____. **Estatuto do idoso: Lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

_____. **Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, de 11 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 5 de fevereiro de 1997.

_____. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Publicado no Diário Oficial da União de 24 de março de 2001, edição extra.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 93/98.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 139.

Como pode o sangue salvar sua vida? Cesário Lange, São Paulo, Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Parecer nº 1.81710/88**. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/pareceres/crmesp/pareceres/1988/1817-1_1988.htm>. Acesso em: 16 ago. 2018.

COSTA, Renata. **Como surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão?**. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/historia/fundamentos/como-surgiu-declaracao-direitos-homem-cidadao-494338.shtml>>. Acesso em: 25 out. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESCHBACH, JW. Iron requirements in erythropoietin therapy. *Best Practice & Research Clinical Haematology*. 2005; 18(2): p. 347-361.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDÉZ, Javier Gavo, **10 palavras – chave em bioética**. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 25.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro Del Estado de Derecho**, in Miguel Carbonell (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ª Ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 13/18.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil na Atividade Médica no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Campus Jurídico/ Elsevier, 2008, pp. 156.

FERREIRA, Carlos Lobato. **Do segredo médico aos segredos do médico**. Separata da Revista do CEJ, n. 3. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 228/229.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue: parecer**. Cesário Lange, São Paulo: Sociedade Torre de Vigia, 1994.

Gênesis 9:3-4; Levítico 17:14 e Atos 15:28-29. Estas referências foram retiradas do sítio oficial das testemunhas de Jeová: Disponível em: <<http://www.watchtower.org/t/jt/index.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

GILBERT, Adrian. **Enciclopédia das Guerras: Conflitos Mundiais Através do Tempo**. trad. Roger dos Santos. São Paulo: M. Books, 2005.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I, p. 165.

FOUCAULT, M. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

HAJJAR, Ludhmila Abrahão. **Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca**. 2010. 133f.

Tese (Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2010.

HAASE, VH. Regulation of erythropoiesis by hypoxia-inducible factors. *Blood reviews*. 2013; 27: p. 41-53.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 83.

HÖRL, W. Non-erythropoietin-based anaemia management in chronic kidney disease. *Nephrol Dial Transplant*. 2002; 17: p. 35-38.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986. pp. 68-93.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KAPITSINOU, P. et al. Hepatic HIF-2 regulates erythropoietic responses to hypoxia in renal anemia. *Blood*. 2010; 116: p. 3039–48.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002

LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 958, 16 fev. 2006, p. 2. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7977/colisao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 23 ago. 2018.

MARINI, B. **Desenvolvimento de tratamentos médicos isentos de sangue para a comunidade das Testemunhas de Jeová: Um enfoque jurídico e sob a ótica do desenvolvimento local**. 2012. 93f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, Mato Grosso do Sul, 2012.

MAXWELL, P. et al. Expression of a homologously recombined erythropoietin-SV40 T antigen fusion gene in mouse liver: evidence for erythropoietin production by Ito cells. *Blood*. 1994; 84: p. 1823–30

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005, p.16.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In **Princípios do direito civil contemporâneo**. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 33/34.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha Esclarecida de Tratamentos Médicos por Pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico dos direitos fundamentais. Parecer jurídico**, 2009, São Paulo.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos fundamentais: princípios da dignidade da pessoa humana frente à autonomia privada nas relações entre particulares**. Porto Alegre: PUCRS, 2010. 30 p. Artigo extraído do trabalho de conclusão de curso, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil 29:99-100, 2007.

O que a Bíblia realmente ensina? Cesário Lange, São Paulo, Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controle jurídico**. Op. cit., pp. 443/444.

Porque respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue. Dr. Philip Brumley, José Claudio Del Claro e Miguel Grimaldi Cabral de Andrade, Julho de 1999, Cesário Lange, São Paulo.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, vol. 1, pp. 71 e 72.

RIESTRA, Sergio Gallego. El derecho del paciente a la autonomia personal y las instrucciones previas: una nueva realidade, cit., p. 93.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/C_170707-2.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. W. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ____(Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112.

SEGATTO, Cristiane. A Indústria do Sangue. **O que acontece com as bolsas que você doa**. Revista Época. 17/06/2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI242291-15230,00A+INDUSTRIA+DO+SANGUE.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHIAVONI, Eduardo. **Cobrança de bolsas de sangue em Rondônia vira polêmica nas redes sociais**. UOL. Ribeirão Preto. 09/06/2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saúde/ultimas-noticias/redacao/2015/06/09/cobranca-de-bolsas-de-sangue-em-rondonia-vira-polemica-nas-redes-sociais.htm>> Acesso em: 11 out. 2018.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOFRES. Sociological Survey of Jehovah's Witnesses in France, outubro de 1998.

STJ. AGINT NOS EDCL NO RESP: 1176700 RJ 2010/0012853-1. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 06/06/2017. **JusBrasil, 2017**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471969490/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1176700-rj-2010-0012853-1>>. Acesso em: 11 out. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp: 1616103 PE 2016/0193882-8, Relator: Ministro Francisco Falcão. Data de Julgamento: 07/11/2017. **JusBrasil, 2017**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527483039/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1616103-pe-2016-0193882-8/inteiro-teor-527483041?ref=serp>>. Acesso em: 11 out. 2018.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Princípio da dignidade da pessoa humana e mediação como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família**. 2007. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APL: 02852356020118190001. Relator: MAURÍCIO CALDAS LOPES. Data de Julgamento: 30/05/2018. **JusBrasil, 2018**. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584497179/apelacao-apl-2852356020118190001-rio-de-janeiro-capital-42-vara-civel/inteiro-teor-584497188>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Décima Câmara Cível. AC: 70075291724. Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Data de Julgamento: 24/05/2018. **JusBrasil, 2018**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593052377/apelacao-civel-ac-70075291724-rs>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Décima Câmara Cível. AC: 70074370685 RS. Relator: Marcelo Cezar Muller. Data de Julgamento: 24/08/2017. **JusBrasil, 2017**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494327096/apelacao-civel-ac-70074370685-rs>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 12ª Câmara Cível. Ag. 70032799041. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel. Data do julgamento: 11/03/2010. **JusBrasil, 2010.** Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. 00173438220164010000 0017343-82.2016.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Data de Julgamento: 11/04/2016. Data de Publicação: 14/04/2016. **JusBrasil, 2016.** Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339683984/173438220164010000-0017343-8220164010000>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Sexta Turma. ApReeNec: 0005936-19.2011.4.03.6105 SP. Relator: Juiz Convocado Leonel Ferreira. Data de Julgamento: 20/09/2018. **JusBrasil, 2018.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/574704401/andamento-do-processo-n-0009300-6220124036105-apreenec-08-05-2018-do-trf-3>>. Acesso em: 11 out. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** São Paulo: Ed. Atlas, 2005, vol. 1, p. 210.

VINCENT, J.L. et al. Anemia and Blood Transfusion in Critically Ill Patients. JAMA 2002; 288(12): 1499-1507.

ZHANG, Sarah. **Transfusão de sangue é mais usada do que deveria na medicina.** Gizmodo Brasil. 2/4/2015. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/transfusao-de-sangueemais-usada-do-que-deveria-na-medicina/>> Acesso em 11 out. 2018.